





UNIVERSITY OF TORONTO  
LIBRARY



† IHS

BIBLIOTECA DE LOYOLA.

Sala 1  
Estante 19  
Plúteo 2

~~Don Juan Fran. Andres~~  
~~Escano~~

Dominus dedit

es de Don Juan Fran. Andres

~~Escano~~

es de Don Juan Fran. Andres  
Escano (Luzmán adaba)

Dominus

Don Juan Fran.  
Andres de Escano



*Por Antonio*  
*maia approbo*  
*en el libro de los dias*  
*por aprendo como*  
*contra por el*  
*lado*

*Manual de la*

EVERARDI  
**BRONCHORST**

DAVENTRIENSIS, I.C.

~~BRONCHORST~~  
**ENANTIOΦΑΝΩΝ**

CENTVRIÆ QVATVOR,

ET

CONCILIATIONES EORVNDĒM,

*Prohibiti-*  
 iuxta seriem Pandectarum dispositæ,  
*con expurgatione vero permittit*  
 Quarum due priores antea in lucem editæ, variis in locis recognita  
 & locupletata sunt, posteriores vero de nouo adiectæ.



Ex Officina Plantiniana, rum

APVD CHRISTOPHORVM RAPHEL, vomit-

Academiæ Lugduno-Batauæ, Ty competit pra-

CLD. IS. IIC. intra actu.

alienando, non impe-

\*\*\*

dit



Yo fe garcia alvarez de gerezino de la orden de  
 san augustin y cañellador de las manifestaciones  
 de Valladolid en purque de uenero de Bronchoist  
 centuria 1111 conforme al expurgatorio de uo y lo  
 firme ven mad del campo a quinze de Julio.  
 Sibizao.

En el qual  
 de gerezino

En Oficina Plantiniana  
 ACADEMIA DE CIENCIAS EXACTAS, FISICAS Y NATURALES DE MADRID  
 Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de Madrid  
 de gerezino

~~Yo fe garcia alvarez de gerezino de la orden de~~  
~~san augustin y cañellador de las manifestaciones~~  
~~de Valladolid en purque de uenero de Bronchoist~~  
~~centuria 1111 conforme al expurgatorio de uo y lo~~  
~~firmado ven mad del campo a quinze de Julio.~~  
~~Sibizao.~~  
~~En el qual~~  
~~de gerezino~~



INDEX  
CONTROVERSARVM  
QUESTIONVM,  
hoc libro tractantur.

AE. PRIMAE

bellatum est.

perpetua voluntas ipsa suum.

nicumque ius gentium, expro-  
damus.

ius sibi condere pro-

, non ex arbitrio

, neque duo-

- XVI. Merum imperium delegari non potest, & ne quidem propter absentiam promiscue delegari potest.
- XVII. Concessa iurisdictione à Principe, merum imperium concessum non censetur.
- XVIII. Mixtum imperium delegari potest, & mandata iurisdictione transfertur.
- XIX. Tutoris datio neque imperij, neque iurisdictionis est.
- XX. In priuatis negotiis filius patrem, & pater filium iudicem habere potest.
- XXI. Delegatus iudex iudicis dandi potestatem non habet.
- XXII. Ordinarius iudex ius dicenda mulcta habet, non verò delegatus.
- XXIII. Extra territorium suum ius dicenti impare non paretur.
- XXIV. Pacto quo conuenit, ut incompetens iudex adiretur, antequam aditus sit, renuntiari potest.
- XXV. Idonea cautio fit tam per pignora, quam fideiussores.
- XXVI. In conuentione iudicio sistendi causa facta, generalis renunciatio casuum fortuitorum non valet.
- XXVII. Sententia lata diebus feriatis valet, consensu litigatorum.
- XXVIII. Actor emendare, & declarare libellum ad sententiam usque, mutare verò & substantiam eius corrigere duntaxat usque ad litem contestatam potest.
- XXIX. Fides hosti data seruanda est.
- XXX. Pacta de succedendo vel non succedendo super hereditate uiuentis, iure civili non valent.
- XXXI. Pactum contractibus bonae fidei adiectum parit actionem; sed stricti iuris contractibus appositum actionem non producit.
- XXXII. Pupillus absque auctoritate tutoris naturaliter obligatur.
- XXXIII. Minores sine curatoribus suis recte obligantur.
- XXXIV. Prodigio non ipso iure, sed magistratus sententia bonorum administratione interdicitur, & post interdictionem promittenda, ne quidem naturaliter obligatur.
- XXXV. Ex pactis adiectis contractibus bonae fidei non competit prescriptis verbis actio, sed actio ex principali contractu.
- XXXVI. Pactum contractibus adiectum de non alienando, non impedit
- \*\*\*



- dit dominij translationem, sed ad interesse agere poterit paciscens, si sua inter sit non alienari.
- XXXVII. Pacto unitantum ex heredibus cauere possumus, ut ceteris non prosit.
- XXXVIII. Redditio chirographi facta à creditore debitori, inducit remissionem debiti, pignoris verò restitutio non item.
- XXXIX. Nuda pacta non pariunt actionem, sed exceptionem tantum.
- XL. Ambiguum vel obscurum pactum, contra venditorem, stipulatorem, & locatorem interpretandum est.
- XLI. Quilibet potest pacto iuri & fauori pro se introductore nuntiare.
- XLII. Ius publicum privatorum pactis mutari non potest.
- XLIII. De crimine capitali, excepto adulterio, transigere & pacisci licet: at de crimine non capitali, excepto crimine falsi, transigere turpe & illicitum est.
- XLIV. Sicut de adulterio non licet transigere, ita nec de rapto.
- XLV. Transactio inter alios inita, aliis non nocet.
- XLVI. Transactio super re certa vel iudicata fieri non potest.
- XLVII. Transactio de alimentis facta, neque ad vestiarium, neque ad habitationem pertinet.
- XLVIII. Procuratores & Syndici transigere non possunt. Tutores verò & curatores sine consensu magistratus, transigendo res minorum alienare vetantur.
- XLIX. Maior annis XVII. potest esse procurator ad lites.
- L. In capitalibus iudiciis procurator ad accusandum aut defendendum interuenire non potest, nisi in casu ubi absens damnari potest, aut ad allegandas causas absentie.
- LI. Procurator totorum bonorum non potest res domini vendere, neque transigere de rebus domini, sed procurator datus cum libera potest.
- LII. Procurator ex contractibus gestis procuratorio nomine, tenetur etiam finito officio.
- LIII. Procurator precise non cogitur dominum defendere.
- LIV. Si dominus factus est non soluendo, procurator non tenetur eum defendere.

- LV. In actionibus famosis procurator interuenire potest.
- LVI. Qui propria auctoritate, & sine iudice ius sibi dicit, vel per vim, quod suum est, vel sibi debetur, aufert, ius suum amittit.
- LVII. Si dolus det causam contractui bona fidei, contractus est ipso iure nullus. In stricti autem iuris contractibus, siue dolus det causam, siue incidat, contractus ipso iure subsistit, sed doli actione vel exceptione dolus vindicatur.
- LVIII. Actio doli non habet locum, ubi alia superest.
- LIX. Vniuersitas seu Respub. ex delicto obligari & conueniri potest.
- LX. Minore restituto in integrum, fideiussores non sunt restituendi.
- LXI. Liberi & Liberti non restituntur in integrum contra parentes & patronos.
- LXII. Minor XXV. annis ob iuramentum contractui appositum priuatur restitutione in integrum.
- LXIII. A sententia arbitri sine pœna facto compromisso hodie non appellatur.
- LXIV. Illiterati & iuris imperiti iudices esse non possunt.
- LXV. Minor XXV. annis, modo sit exephæbus, hoc est, annorum XVIII. index esse potest.
- LXVI. Ordinarij iudices iure civili recusari non possunt, licet in delegatis diuersum obtineat.
- LXVII. Iudicium de re pendenti aut futura institui non potest.
- LXVIII. Legati non possunt conueniri in loco legationis, ex contractu antea ibi inito, sed ius reuocandi domum habent.
- LXIX. Vbi acceptum semel est iudiciu, ibi & finè accipere debet.
- LXX. In bona fidei iudiciis, qui debet sub conditione vel in diem, ad præstandam cautionem ante diem vel conditionem cogi potest ex iusta causa.
- LXXI. Inter patrem & filium bis nulla potest consistere.
- LXXII. Executor de viribus sententia cognoscere & pronuntiare non potest.
- LXXIII. Debitor in loco contractus conueniri potest, ibique se defendere debet.



- LXXIV. *Naturalis rei interitus post moram contingens, pertinet ad debitorem, nisi res eodem modo apud actorem peritura fuisset.*
- LXXV. *Rei vindicatio datur contra eum qui possidet, vel detinet rem nostram.*
- LXXVI. *Publiciana actio potest cum rei vindicatione in eodem libello coniungi.*
- LXXVII. *Arbor alluione in agrum alienum translata, eius fit, cuius fundo adhaeret.*
- LXXVIII. *Ad emphyteusim necessaria est scriptura.*
- LXXIX. *Emphyteusis est contractus iuris gentium, non civilis.*
- LXXX. *Emphyteusis inconsulto domino directo donari & legari potest.*
- LXXXI. *Acquiritur emphyteusis praescriptione LX. annorum in praediis privatis; in fundis vero Ecclesiae, vel civitatis XL. annis.*
- LXXXII. *Dominus non potest ob non solum canone emphyteutam expellere propria auctoritate ex fundo emphyteutico.*
- LXXXIII. *Dominus si post cessationem triennij pensiones accipiat ab emphyteuta, aut si penam stipulatus sit, ni pensiones solvat, potest emphyteutam nihilominus expellere.*
- LXXXIV. *Interitus totius rei emphyteutica spectat ad dominum: particularis vero ad emphyteutam; neque ob sterilitatem fit remissio canonis.*
- LXXXV. *Emphyteusis inter plures emphyteutas inconsulto domino potest dividi.*
- LXXXVI. *Vsusfructus non dominij pars est, sed servitus est.*
- LXXXVII. *Fructibus annuis fundi legatus, vsusfructus legatus esse censetur.*
- LXXXVIII. *Fructus sine usu esse non potest.*
- LXXXIX. *Testator non potest fructuario remittere cautionem fructuariam earum rerum que usu consumuntur, in praedictum heredis.*
- XC. *Vsusfructuarius ius vindicandarum servitutum habet.*
- XCI. *Vsusfructuarius vsusfructum alienare non potest.*
- XCII. *Omnes servitutes longi temporis praescriptione acquiruntur, remota distinctione DD. inter continuas, & discontinuas.*

XCIII. Ad

- XCIII. *Ad praescriptionem servitutum non opus esse titulo, contra DVARENVM, verius est.*
- XCIV. *Ob omnes servitutes tam urbanas, quam rusticas, novum opus nuntiari potest.*
- XCv. *Urbanum praedium distinguit à rustico, non locus, sed materia.*
- XCVI. *Servitutes reales sine praediis non possunt constitui.*
- XCvII. *Servitutes omnes praediales perpetuam causam habere debent.*
- XCvIII. *Servitus, quae nec praedio, nec personae utilitatem adfert, constitui nequit.*
- XCIX. *Ius altius tollendi servitus est.*
- C. *Servitus pro parte acquiri vel imponi non potest.*

## CENTVRIÆ SECVNDÆ.

- I. **S**ERVITUTE imposta, ne luminibus officiatur, tam de futuris, quam praesentibus luminibus cautum censetur.
- II. *Ad servitutes praediorum, neque interdictum, unde vi, neque Vi possidetis, pertinet.*
- III. *Servitutes neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione ipso iure constitui possunt.*
- IV. *Servitute concessa, ea omnia concessa sunt, sine quibus servitute uti non licet.*
- V. *Inter servitutes luminum, & ne luminibus officiat, item alius non tollendi, nulla differentia est.*
- VI. *Servitute simpliciter concessa, ei electio datur, cui concessa est, per quam partem fundi servientis velit uti servitute.*
- VII. *Scientia adversarij in praescriptione servitutum desideratur.*
- VIII. *Iter est ius eundi ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi vel vehiculum. Actus est ius agendi iumentum, vel vehiculum. Via est ius eundi, agendi & ambulandi. Qui actum habet, & iter habet sine iumento. Via & iter & actum in se continet.*

\*\*\* 3

IX. Actio



- IX. Actio finium regundorum xxx. annorum prescriptione tollitur.
- X. Tria iudicia diuisoria recte dicuntur actiones mixtae tam in rem, quam in personam.
- XI. Familiae erciscunda actio semel tantum intentari potest, & si quid induisum remanserit, communi diuidendo iudicio agetur.
- XII. Diuisio hereditatis non rescinditur, nisi lesio dimidiam infra portionis egrediasur.
- XIII. Nunquam actio negotiorum gestorum, & familiae erciscunda ex eadem causa concurrunt.
- XIV. Heredes etiam si xxx annos in communioue steterunt, nihilominus possunt ad diuisionem hereditatis provocare.
- XV. Si conuenit, ut pecuniam quam mihi debes ex causa mandati, retineas mutui nomine, mutuum contrahitur.
- XVI. Licet pecunia gratia accipientis sit deposita, conuertenda in mutuum, tamen periculum casus fortuiti non praestatur.
- XVII. Debitum particulariter inuito creditori solui non posse, ex communi DD. sententia adfirmo.
- XVIII. In solutione moneta inspiciendum est tempus contractus mutui, ac qua quantaque eo tempore aestimatio pecuniae fuerit, attendendum est, nisi debitor fuerit in mora.
- XIX. In aestimatione rei petite in strictis iudiciis litis contestatae tempus spectandum est, in bonae fidei iudiciis tempus rei iudicatae.
- XX. Pro vino vel frumento mutuato reddi non potest pecunia, inuito creditore.
- XXI. Cum alia contractus opinione, quam dati sunt, quis nummos accepit, ut puta si ego tibi quasi donaturus pecuniam dederim, tu quasi mutuum accipias, neque mutuum, neque donatio est.
- XXII. Debitor post biennium exceptionem non numeratae pecuniae opponere potest, dummodo exceptionem probet.
- XXIII. Si pro pecunia, species vendenda data sit, ut redacta ex pretio pecunia credita sit, mutuum contrahitur.
- XXIV. Actor

- XXIV. Actor licet ipse nihil probauerit, reo iusiurandum iudiciale deferre potest.
- XXV. Periurium legibus ciuilibus legitima poena vindicatur.
- XXVI. Causa iureiurando decisa praetextu periurij retractari non potest.
- XXVII. In causis criminalibus non defertur a iudice iusiurandum in supplementum probationis.
- XXVIII. Ex iureiurando promissorio nulla oritur actio iure ciuili.
- XXIX. Iusiurandum iudiciale etiam per procuratorem potest praestari, dominog. prodest.
- XXX. Etiam ob latam culpam iuratur in litem, & lata culpa subdolo continetur in ciuilibus causis.
- XXXI. In iureiurando in litem habetur etiam ratio affectionis.
- XXXII. In contractu venditionis & emtionis non iuratur in litem.
- XXXIII. In contractibus qui solius recipientis causa sunt, leuissima culpa, in contractibus, qui solius dantis utilitatem respiciunt, lata culpa, in iis qui viriusque gratia sunt, leuis culpa praestatur.
- XXXIV. In contractibus nominatis non datur condictio ob rem dati.
- XXXV. Si tibi pecuniam dedi, ut mihi Stichum dares, permutatio, non emtio erit, periculoq. meo Stichus erit.
- XXXVI. Indebitum errore facti solutum repetitur, non errore iuris.
- XXXVII. Nulla repetitio indebiti competit ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio, quam vero debitore sit adnumeratum.
- XXXVIII. Debitor qui debet alternatiue duas res, & soluit utrumque, eligere potest, quod repetat.
- XXXIX. Condictio furtiua datur in solidum contra heredes furis.
- XL. Mulier certiorata de iure suo, renuntiare potest SC<sup>to</sup> Feliciano, etiam extra iudicium.
- XLI. Compensatio fit ipso iure citra factum hominis.
- XLII. Commodati actioni non potest opponi compensatio.
- XLIII. Speciei ad speciem, siue speciei ad quantitatem, non admittitur compensatio.
- XLIV. Etiam litigiosum debitum venit in compensationem.
- XLV. Quae naturaliter tantum debentur, compensantur.
- XLVI. Tam



- XLVI. Tam morte mandantis, quam mandatarij soluitur mandatum, si adhuc sit res integra.
- XLVII. Ex ratihabitione nascitur actio mandati.
- XLVIII. Ratihabitione retrotrahitur & mandato comparatur.
- XLIX. Societas soluitur morte, heresque socij in societate non succedit.
- L. Arbitrio collato in aliquem tertium, viri boni arbitrium electum censetur.
- LI. Socius socio tantum tenetur in id quod facere potest.
- LII. In pretio emtionis naturaliter licet contrahentibus se circumuenire.
- LIII. Dissensus in materia vitiat emtionem, pignus, & stipulationem non item.
- LIV. Emtionem perfecta, ne quidem cum arrarum dispendio ab ea recedere licet.
- LV. Perfecta emtionem, quod sit simulatque de merce & pretio conuenit, periculum rei vendita statim ad emtorem pertinet, contra Cuiacium.
- LVI. Vino certo in specie vendito, periculum statim emtorem respicit, nisi actum sit, ut vinum degustetur.
- LVII. Venditor si facultatem habet rei tradenda, praecise ad tradendum cogi potest.
- LVIII. Remedium l. 2. C. de rescind. vendit. non habet locum in transactione.
- LIX. Ius accrescendi non transit in emtorem.
- LX. In contractibus ius accrescendi non habet locum.
- LXI. Nomine venditionis non continetur omnis alienatio.
- LXII. Pacto de retrouendendo praescribitur xxx annis.
- LXIII. Nemo inuitus cogi potest rem suam vendere, ne quidem a Principe.
- LXIV. Venditor etsi fundum simpliciter vendat, tamen cum liberum a seruitute praestare tenetur.
- LXV. Res ex mea pecunia emta, non est mea, sed ementis.
- LXVI. Non est necesse mercedem locationis consistere in pecunia numerata.
- LXVII. Ex conductione decennij non transit utile dominium.
- LXVIII. Em-

- LXVIII. Emtor, legatarius, & alij singulares successores, non tenentur stare locationi, nisi conuentum sit.
- LXIX. Ex contractu Facio ut des, prout praescriptis verbis actio.
- LXX. Re aliena obligata creditori scienti, non conualescit pignus, dominio debitori superveniente.
- LXXI. Species illa pignoris, quae auctoris appellatur, licet praescriptum a legibus usurarum terminum egrediatur, licita est.
- LXXII. Inuecta in praedium urbanum, tacite pignori sunt obligata, non autem in praedium rusticum.
- LXXIII. Quando nihil pactum est de distrahendo pignore, creditor nihilominus post unam denuntiationem, pignus vendere potest.
- LXXIV. Qui priorē habet generalem hypothecam, creditori posteriori generalem hypothecam habenti, in bonis post utramque obligationem quaesitis praefertur.
- LXXV. Nec urbanae, nec rusticae seruitutes oppignorari possunt.
- LXXVI. Qui ob refectionem nauis pecuniam credidit, non habet tacitam hypothecam.
- LXXVII. ~~Quae legibus dicitur & hanc in re sua prohibita~~
- LXXVIII. Vnica interpellatio constituit debitorem in mora.
- LXXIX. Sola oblatio sufficit ad purgandam moram, & vitandam penam, sed plenissimam liberationem parit oblatio, consignatio & depositio.
- LXXX. Cum dies & poena est in obligatione, non admittitur purgatio mora.
- LXXXI. In obligationibus in diem, lapsus diei in mora constituit debitorem, nec interpellatio requiritur.
- LXXXII. Usura in stricti iuris iudiciis non nisi per stipulationem debentur.
- LXXXIII. Sola praestatio usurarum longo tempore facta, non inducit obligationem usurarum in futurum.
- LXXXIII. Poena contentionalis duplum excedere non potest.
- LXXXV. Improbus faenerator extra ordinem criminaliter puniri potest.
- LXXXVI. In stricti iuris actionibus fructus non veniunt nisi a tempore litis contestatae.

\*\*\*\*

LXXXVII. Ma-



- LXXXVII. Mala fidei possessores non tantum de fructibus perceptis, sed etiam percipiendum tenentur.
- LXXXVIII. Bone fidei possessor qui postea cognovit rem esse alienam, cum effectu fructus suos non facit.
- LXXXIX. Bone fidei possessor etiam extantes fructus industriales restituere tenetur, contra DONELLVM.
- XC. Fructus & usura legatorum à tempore mora debentur.
- XCI. Fratris testimonium iure non est admittendum.
- XCII. Per rerum naturam factum negantis nulla est probatio.
- XCIII. Ob semiplenam probationem, puta unum testem, deferri non potest à iudice iurandum.
- XCIV. Reus non tenetur auctori edere instrumenta vel rationes ad intentionem suam fundandam; sed auctor reo ad probandam exceptionem instrumenta edere tenetur.
- XCv. Infames in criminalibus causis testes esse prohibentur, in civilibus vero causis plenam fidem non merentur.
- XCVI. Testes cum de fide instrumenti nihil dicitur, contra instrumentum admitti non debent.
- XCvII. Nullus in re propria est idoneus testis.
- XCvIII. Instrumenta priuata, si non aliis adminiculis iuuentur, ad probationem sola non sufficiunt.
- XCIX. Subditi regulariter non sunt idonei testes in causa Principis, vel ciuitatis.
- C. Subscriptio instrumenti, non continuo obligat subscribentem.

CENTVRIÆ TERTIÆ.

- ~~I. *[scribble]*~~
- ~~II. *[scribble]*~~
- III. Filia minor XXV. annis nubens sine consensu parentum potest exheredari.
- III. Si quis corruptam pro virgine duxerit, matrimonium non potest rescindi.
- IV. Ratihabitio patris liberorum nuptias subsequens retrotrahitur, & ab initio iustas nuptias efficit.

v. Ma-

- V. Matrimonium metu contractum ipso iure non valet.
- VI. Deportatione non soluitur matrimonium.
- VII. De substantia matrimonij non requiritur deductio sponse in domum mariti.
- VIII. ~~*[scribble]*~~
- IX. Mulier non tantum contra tacitam, sed etiam expressam anteriorum creditorum hypothecam propter eius beneficio in repetitione dotis gaudet.
- X. Promittens dotem incertam, efficaciter obligatur ad dotem pro modo suarum facultatum, & dignitate mariti constituendam.
- XI. Filia superstitionibus liberis in coniugio defuncta, dos profectitia non reuertitur ad patrem, sed manet penes maritum.
- XII. Mulier naturaliter domina est dotis, maritus fictione iuris civilis.
- XIII. Pro restituenda vel conseruanda dote maritus non est cogendus fideiussorem dare; datus tamen obligatur.
- XIV. Pater filie tam diuiti quam pauperi, modo legitima sit, dotem constituere cogitur, non vero naturali tantum.
- XV. Filia que dote accepta, nihil amplius se ex hereditate patris accepturam promisit, ab intestato patri succedere non prohibetur, nisi pactum iureiurando confirmauerit.
- XVI. Socer de dote conuentus, tantum in id quod facere potest tenetur.
- XVII. Necessarias impensas quilibet tam bone quam male fidei possessor deducit. Viles bone fidei possessor deducit, male vero fidei possessor easdem aufert, si quidem sine lesione status prioris rei auferre possit.
- XVIII. Tutor filius datus, nepotibus datus non censetur.
- XIX. Suspectus tutor oblatam culpam remotus non fit infamis.
- XX. Testamenti factio Iuris civilis potius est, quam gentium.
- XXI. Filius factus ne de illis bonis aduentitiis quidem, quorum usufructus patri non queritur, testari potest.
- XXII. Contractus in testamento fieri non possunt.
- XXIII. Filius emancipatus, sicut & frater, uxor, maritus, ministri,

\*\*\*\* 2



- XXIV. *stri, recte in testamento adhibentur testes.*  
Ex imperfecto testamento nihil debetur, nisi adiecta sit clausula codicillaris.
- XXV. *Nemo potest pro parte testatus, & pro parte intestatus decedere.*
- XXVI. *Præter XIV. causas Nonella Iustiniani expressas, nullam aliam ob similem, aut graviorum ingratiudinis causam, liberi exheredari possunt.*
- XXVII. *Prius perfectum testamentum per posterius imperfectum non rumpitur.*
- XXVIII. *Testamentum, quo postumus præteritus viuo testatore decedit, valet.*
- XXIX. *Ex causa exheredationis vel præteritionis rescissa institutione, cetera testamenti firma manent.*
- XXX. *Qui purè institutus, sub conditione iterum instituitur, purè institutus censetur; & qui sub diversis conditionibus bis institutus est, vtra prior exiit, heres erit.*
- XXXI. *Heres ad certum tempus & ex certo tempore institui non potest.*
- XXXII. *Si testator heredes instituit hoc modo: Ex partibus quas adscripsero; nullis partibus adscriptis, equaliter sunt heredes. Si verò dixit, Ex partibus quas adscripsi, nullis partibus adscriptis, nulla est institutio.*
- XXXIII. *Substitutio pupillaris facta puero verbis directis, non valet, ne quidem in vim fidei commissi.*
- XXXIV. *Tam per expressam pupillarem substitutionem, quam per pupillarem tacitam in vulgari contentam, mater à successione filij impuberis excluditur.*
- XXXV. *Mater filius pupillariter substituere non potest.*
- XXXVI. *Nemo eiusdem hereditatis partem adire, partem repudiare potest.*
- XXXVII. *Hereditas non potest acquiri per procuratorem.*
- XXXVIII. *Heres sub conditione institutus pendente conditione non potest adire vel repudiare hereditatem.*
- XXXIX. *Heres qui ignorat conditionem, sub qua institutus est, existisse, non potest adire hereditatem.*

- XL. *Qui metu coactus adit hereditatem, non fit heres.*
- XLI. *Iussus patris in adeunda hereditate præcedere debet, sed tutoris auctoritas interponitur perfectò negotio.*
- XLII. *Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.*
- XLIII. *Tutor etiam qui non gerit tutelam, pupillo hereditatem adenti, auctor esse potest.*
- XLIV. *Cuius pater est furiosus, is sine iussu eius hereditatem adire potest.*
- XLV. *Heres implendo conditionem potestativam, sub qua institutus est, hereditatem adire potest.*
- XLVI. *Cuius rei legatario non est commercium, ei inutiliter ea res legatur.*
- XLVII. *Quantitas eadem sæpius legata, pluries debetur volente testatore.*
- XLVIII. *Legatum in alterius liberam & meram voluntatem conferri non potest, sed in alterius voluntatem, tanquam viri boni arbitrium collatum valet.*
- XLIX. *In legato generis est electio legatarij, nisi aliud testator dixerit.*
- L. *Rectè definitur legatum, quòd sit donatio quedam à defuncto relicta.*
- LI. *Sicuti aucto legato, quod accedit, pertinet ad legatarium, ita diminuto legato, id quod superest, debetur.*
- LII. *Res hostium legari potest.*
- LIII. *Legatum fundi in genere relicti, siue testator habeat in fundos patrimonio, siue non, nullius est momenti.*
- LIV. *Cum certa pecunia vel quantitas legatur tanquam corpus, pars eius pecunie que superest, debetur.*
- LV. *Quando testator legat fundum sibi cum alio communem, pars testatoris propria tantum debetur, nisi alteram partem redemit à socio, tunc enim totus fundus debetur.*
- LVI. *Cui quid coniunctim legatur cum altero, qui non est in rerum natura, ei iure veteri pars tantum debetur, iure nouo solidum.*
- LVII. *Legatum alicui relictum, cum erit annorum XIV. non nisi*



- si expleto anno XIV. debetur, estq; legatum conditionale: unde si ante annum XIV. legatarius moriatur, ad heredem nihil transmittit.
- LXVIII. Nemo potest cauere, ne leges in suo testamento locum habeant.
- LXIX. Ille agit ex legato, cuius potissimum interest, licet verba legati ad illum non sint directa.
- LX. Legatarius qui rem sibi legatam alienari patitur, adhuc potest petere rei legate precium.
- LXI. Testator si prohibuit in testamento rem alienari extra familiam, non valet alienatio, sed proximi ex familia rem alienatam vindicare possunt.
- LXII. Incertis personis legari non potest.
- LXIII. Ad legatum consequendum competunt legataria tres actiones, actio personalis ex testamento, rei vindicatio, & hypothecaria.
- LXIV. Qui legat certam fructuum quantitatem, si non nascatur tantum, quantum legauit, heres ad praestationem totius tenetur.
- LXV. Inter verbis tantum coniunctos locus est iuri accrescendi, & re tantum coniunctis praefertur.
- LXVI. Impossibilis conditio vitiat contractus; testamentis vero adiecta pro nulla habetur, salua manente institutione, vel legato.
- LXVII. Filius fidei commissio grauatus vnum tantum quadrantem potest detrabere, iure civili.
- LXVIII. Liberi non tenentur simplicem donationem sibi a parentibus factam conferre.
- LXIX. Fratrum filij succedunt patruo in capita, non in stirpes.
- LXX. Donator non tenetur de euictione nisi ad eam expresse se obligauit.
- LXXI. Donatio omnium bonorum, certave illorum partis, valet.
- LXXII. A reis capitalium criminum donationes facta non valent, si condemnatio sit secuta.
- LXXIII. Donatio inofficiosa, pro modo legitima rescinditur.
- LXXIV. Donatio omnium bonorum reuocatur, si donator postea suscepit liberos, siue liberto, siue cuiunque alij donauit.
- LXXV. Do.

- LXXV. Donatio inter coniuges confirmatur morte donantis, etiamsi stipulatione sit peracta, & res nondum tradita.
- LXXVI. Ius venandi feras cuique iure gentium permittitur.
- LXXVII. Prada ab hostibus capta fit capientis.
- LXXVIII. Bona fidei possessor naturales & industriales fructus consumptos suos facit.
- LXXIX. Si quis ex aliena materia bona fide nouam speciem fecit, qua ad pristinam materiam reuerti nequit, fit facientis.
- LXXX. Thesaurus in loco publico vel religioso inuentus, pro dimidia inuentori, pro dimidia fisco cedit.
- LXXXI. Dominium sine possessione acquiri non potest.
- LXXXII. Vnum est tantum genus possessionis, & duo in solidum eiusdem rei possessores esse non possunt.
- LXXXIII. In amittenda possessione non opus est animo & corpore, sed aliquando solo animo, aliquando solo corpore amittitur possessio.
- LXXXIV. Possessio defuncti non transit ad filium sine noua apprehensione.
- LXXXV. Regulariter iudicium petitorium cum possessorio cumulari potest.
- LXXXVI. In sequestrum non transfertur possessio.
- LXXXVII. Insans absque auctoritate tutoris possessionem acquirere non potest.
- LXXXVIII. Si colonus possessione decesserit, non interpellatur possessio domini.
- LXXXIX. Creditor pignus naturaliter possidet.
- XC. Missus in possessionem ex primo decreto non possidet, sed missus ex secundo decreto possidet: & si aduersarius est dominus, missus sit dominus, sin minus, praestatur vsucapiendi conditio.
- XCI. Ita demum per procuratorem domino acquiritur possessio, si & dominus velit, & procurator habuerit animum domino acquirendi.
- XCII. Procurator venditoris, si domino mortuo, ignorans eum mortuum esse, in vacuam possessionem emptorem induxit, possessionem transfert.
- XCVI. Nul.



- XCVI. Nulla possessio nisi animo & corpore acquiritur.
- XCIV. Ex pluribus causis eandem rem possidere possumus, quamvis dominium non nisi ex una causa contingat.
- XCIV. Vxor rem donatam à viro possidet naturaliter.
- XCVI. Possessio non tantum facti est, sed etiam iuris.
- XCVII. Possessio amittitur rei deposita contrectatione lucri faciendi causa, non inficiatione sola.
- XCVIII. Qui precario possidet, interdicto Vti possidetis experiri potest.
- XCIX. Pupillus animo desinere possidere non potest, corpore potest.
- C. Possessio per colonum, commodatarium, & depositarium, quamvis alteri locet, commodes, vel deponat, retinetur.

CENTVRIÆ QVARTÆ.

- I. **D**VO in solidum eandem rem possidere non possunt.
- II. Vfusucapio non pugnat cum naturali aequitate.
- III. Si quis in diuerticulo fluminis pluribus annis piscatus sit, alium eodem iure vti volentem prohibere potest.
- IV. Ius luendi pignoris prescriptione xxx. vel xl. annorum non tollitur.
- V. Qui xxx. annis pensiones annuas non soluit, liberatur à prestatione præteritarum, non futurarum pensionum.
- VI. Personales actiones amittuntur xxx annis, licet præscribens careat bona fide.
- VII. Mala fides superveniens post impletam prescriptionem, non interrumpit eam.
- VIII. In vsucapionibus dies coeptus pro completo habetur.
- IX. Pignus à debitore creditori surreptum vsucapi potest, hypotheca non item.
- X. Res emptà à furioso bona fide vsucapi potest.
- XI. Vfusucapione pignus non extinguitur.
- XII. Sine possessione, eaque continua, non procedit vsucapio.
- XIII. ~~Minime præsumitur in rem esse factam, nisi~~  
~~manifestum sit, in rem esse factam, nisi~~  
~~scilicet manifestum sit, in rem esse factam.~~

- XIV. Sententia ex falsis instrumentis vel testibus lata, non est ipso iure nulla, sed ope restitutionis in integrum rescinditur.
- XV. Sententia nec pro furioso, nec contra furiosum dicta, valet.
- XVI. Iudex iuxta litigatorum conventionem sententiam ferre debet.
- XVII. Sententia ita prolata, Condemno Titium in petitis, si probatum est eum debere, inualida est.
- XVIII. Sententia non retractatur propter instrumenta novè reperta.
- XIX. Iudex potest interlocutoriam mutare & rescindere, non definitivam.
- XX. Pacto cessione bonorum renunciari nequit.
- XXI. Si dominus funde, homines armatos, quos ad se venientes videbat, extimuerit, atque ita profugerit, vi deiectus cæsetur.
- XXII. Vtile Saluvianū interdictum datur creditori contra quemlibet debitorem, qui res suas pignori obligavit.
- XXIII. Reus non tenetur satisfacere in interdicto Vti possidetis, quod actorem in futurum non turbabit.
- XXIV. Nudo detentori non datur interdictum Vti possidetis.
- XXV. Colono non competit interdictum Vnde vi.
- XXVI. Actionis verbo non continetur exceptio.
- XXVII. Exceptiones peremptoriae non ante, sed post litem contestatam opponenda sunt, contra DONELLVM.
- XXVIII. Peremptoriae exceptiones post sententiam non possunt opponi.
- XXIX. Exceptiones dilatoriae, qualis est procuratoria, ante litem contestatam opponi debent.
- XXX. Actionis definitio tradita in Inst. iij. de action. tam realem quam personalem actionem complectitur.
- XXXI. Actionum summa divisio in duo genera diducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam.
- XXXII. Actiones aliæ bona fidei sunt, aliæ stricti iuris.
- XXXIII. A contractu perfecto invito aduersario non licet recedere.
- XXXIV. In actionib. mixtis aut pœnalibus, si plures deliquerint, quod unus præstitit, pœna nomine, non liberat alios.
- XXXV. Quoties concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una tantum quis experiri debet.

\*\*\*\*\*



- XXXVI. *Heres ex contractu defuncti ob dolum tenetur in solidum; ex delicto tantum in id, quod ad eum peruenit.*
- XXXVII. *Diversitas responsionis non vitiat stipulationem, si est in quantitate, sed diversitas in qualitate & forma stipulationis vitiat, nisi complacentia accedat.*
- XXXVIII. *Stipulatio impersonaliter concepta, hoc modo, Dabis? dabuntur, utilis est.*
- XXXIX. *Ex stipulatione alteri facta non acquiritur actio, nisi stipulantis interfit.*
- XL. *Promittens se curaturum, quod alius dabit vel faciet, rem effectui dare tenetur.*
- XLI. *In obligationibus facti promissor ad factum precise cogitur.*
- XLII. *Ex contractu procuratoris domino non acquiritur actio, sine cessione.*
- XLIII. *Stipulatio sine verbis inter presentes prolatis contrahi non potest, & per epistolam non contrahitur.*
- XLIV. *Stipulatio non valet collata in arbitrium promissoris.*
- XLV. *Inutilis stipulatio vim pacti non habet.*
- XLVI. *Notarij, alijs stipulari, iisque actionem acquirere non possunt.*
- XLVII. *Promissio tam in dando quam faciendo consistens transfit ad heredes.*
- XLVIII. *Stipulatio condicionalis est, Si petiero, decem dabis?*
- XLIX. *Ex pura obligatione confestim debitum peti potest.*
- L. *Conditioalis creditor etiam loco creditoris habetur.*
- LI. *Duo rei debendi tenentur in solidum, etiam nouo iure.*
- LII. *Vno ex duobus correis debendi pro parte conuento vel solvente, nihilominus pro alia parte exigi potest.*
- LIII. *Fideiussor qui in maiorem summam fideiussit, saltem in eam quam principalis debet, tenetur.*
- LIV. *Fideiussoris obligatio non augetur ex morare, ut ad vsuras, poenam, aliasque accessiones teneatur.*
- LV. *Fideiussor cuiuslibet obligationi accedit, etiam naturali tantum.*
- LVI. *Exceptiones qua reo competunt, etiam fideiussori dantur.*
- LVII. *Exceptiones praescriptionis, rei iudicatae & iuris iurandi, debitori*

- LVIII. *debitori competentes, fideiussori quoque praestantur.*
- LIX. *Obligationibus ex delicto fideiussor accedere potest.*
- LX. *Pactum de non petendo inter debitorem, & creditorem initum, fideiussori prodest.*
- LXI. *Omnium obligationum fideiussor accipi potest.*
- LXII. *Paena stipulatione non nouatur principalis obligatio.*
- LXIII. *Debitum purum stipulatione condicionali nouatur.*
- LXIV. *Creditori inuito ante diem recte solui potest.*
- LXV. *Recte ei soluitur qui solutionis gratia adiectus est, modo post stipulationem conditio eius non sit in deterius mutata.*
- LXVI. *Aliud pro alio inuito creditori solui non potest.*
- LXVII. *Actiones ex delictis defuncti descendentes, non dantur in heredes, nisi quatenus ad eos peruenit, non in solidum.*
- LXVIII. *Pro eodem crimine, & civiliter & criminaliter agi potest.*
- LXIX. *Paena a delictis nominatim legibus sunt impositae, neque pendent a mero iudicis arbitrio.*
- LXX. *Paena in popularibus actionibus regulariter non fit, sed aetori applicanda est.*
- LXXI. *Furti actio datur etiam pro re modica.*
- LXXII. *Furi regulariter actio furti non datur.*
- LXXIII. *Furtum iure naturae prohibitum est.*
- LXXIV. *Etiam furti tenetur, cuius ope vel consilio tantum furtum factum est.*
- LXXV. *Cum actione vi bonorum raptorum etiam furti actio concurrere potest.*
- LXXVI. *Summa liquido debita, qua aliter exigi non potest, furtum est illicitum.*
- LXXVII. *Actio de tigno iniuncto datur tam contra bonam quam malam fidei edificatorem in duplum.*
- LXXVIII. *Conuicij veritas non excusat conuiciantem, quo minus iniuriarum actione teneatur.*
- LXXIX. *Actio iniuriarum praetoria anno continuo finitur, sed actio iniuriarum ex L. Cornelia est perpetua.*
- LXXX. *Carcer de iure civili poena non est.*
- LXXXI. *Etiam in meretricem nuptam adulterium committitur.*
- LXXXII. *Sponsa de adulterio potest accusari.*



- LXXXII. *Immunitatem à pœna legis Cornelia præbet corporis, non fama, non bonorum defensio.*
- LXXXIII. *Homicidium per ebrietatem commissum, ordinaria legis Cornelia pœna puniendum.*
- LXXXIV. *Pœna legis Cornelia subiacet, qui poculo amatorio quem interfecit.*
- LXXXV. *Qui Titium interficere volens, Scium interfecit, lege Cornelia tenetur.*
- LXXXVI. *Lex Julia peculatus, non solum de pecunia ciuitatis Romanæ, sed etiam aliarum ciuitatum accipienda est.*
- LXXXVII. *Regna & ditiones suas arbitrato suo Principes minuere non possunt.*
- LXXXVIII. *Actus legitimi non recipiunt diem vel conditionem.*
- LXXXIX. *Inuito beneficium non confertur.*
- XC. *Privilegia realia transeunt ad heredes, non personalia.*
- XCI. *Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari.*
- XCII. *Vtile per inutile non vitiatur.*
- XCIII. *Accessorium sequitur naturam principalis.*
- XCIV. *Qui tacet, consentire videtur.*
- XCV. *In famibus portæ dignitatum non patent.*
- XCVI. *In testamentis plenius voluntates testantium interpretamur.*
- XCVII. *Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.*
- XCVIII. *Fauorabilius Rei potius, quam Actores habentur.*
- XCIX. *Semper in obscuris quod minimum est, sequimur.*
- C. *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis conualescere.*
- CI. *Fendum antiquum, propter delictum, in extraneum perpetratum, amissum, deuoluitur ad collaterales agnatos, propter in gradu.*

CEN.

LXXXI

LXXXII

LXXXIII

# CENTVRIÆ PRIMÆ ENANTIOΦΑΝΩΝ

## ASSERTIO I.

*Ius à iustitia appellatum est.*



Æc etymologia iuris traditur ab Vlpiano in l. 1. § de iust. & iu. Quæ tamen notatio seu definitio nominis duobus argumentis impugnatur. Primò aduersatur, quòd ex Grammaticorum præceptis deriuata & composita à suis primitiuis & simplicibus denominantur. Ideoque quia iustitia vocabulum est compositum, dictum ex eo quod ius seu vim sistat, ius verò simplex, potius iustitia à iure deriuatur.

Secundò ius in mente humana natum est, & à prima creatione auctore Deo in animis hominum infusum. Iustitia verò est virtus, quæ longo vsu & exercitatione acquiritur. Ergo ius prius est iustitia. Notitiæ enim priores sunt habitu.

Respondeo ad primum argumentum. Non voluit I C. hinc Grammaticam nominis notationem inculcare, sed potius hæc est Logica siue Dialectica notatio, considerans productionem rerum. Ius siquidem à iustitia, velut à causa, materia scilicet, forma ac sine suo deducitur, Wes. in parat. § de iust. & iu. nu. 14. Quod ad alteram obiectionem attinet, ita respondendum est. Ius hinc non accipi pro communibus æqui & boni, iusti ac iniusti notitijs, mentibus hominum innatis, sed pro doctrina & arte iuris, libris I C<sup>m</sup> comprehensa. Vnde sequitur hanc definitionem nominis, statim definitio rei in d. l. 1. quòd Ius sit ars æqui & boni. Itaque quatenus ius pro arte & doctrina iustitiæ sumitur, cuius regulas & præcepta proponit, ius à iustitia rectè appellatum censetur: quia artium nomina ab ijs rebus, quarum præceptiones artibus continentur, appellari solent. Sic Grammatica à literis, Arithmetica à numeris denominatur. Goucan. lib. 1. Var. lect. iu. c. 18.

A

ASSERTIO



ASSERTIO II.

*Iustitia est constans & perpetua voluntas, ius suum cuique tribuens.*

**P**ROPONITVR hæc definitio ab Vlpiano in l. 10. §. de iust. & iu. & inculcatur ab Imp. Iustiniano, in Institut. eo. tit. Verùm cōtra eam rectè ita argumentabitur aliquis. Iustitia non verè & conuenienter dici potest perpetua & immutabilis voluntas, quia nemo est ita ab animo comparatus, vt perpetuò & constanter velit cuique ius suum tribuere. Homo enim habet lubricos affectus, quibus impulsus, à iustitiæ formula interdum declinat. Respondendum breuiter & apertè, quòd iustitia hîc definiatur prout est in abstracto, non in concreto, hoc est, quatenus iustitia per se consideratur, non quatenus homini inest. Sic Aristides quanquam est iustus, non tamen est iustitia in eo immutabilis. Et quamuis homo subinde à recto tramite iustitiæ deflectat, non tamen hoc fit vitio iustitiæ, sed hominis deprauata natura. Neque iure aut merito quis Vlpianum reprehendat, ac ambitiosius fecisse causetur, quòd iustitiam definiat, quam non modò consequi, sed ne sperare quidem liceat. Nam tametsi veri iuris germanæque iustitiæ solidam & expressam effigiem nullam tenemus, sed vmbra & imaginibus tantùm vtimur, vt ait Cicero, non ideò tamen minus veram & germanam iustitiam definire, atque velut scopum imitandum, & assequendum nobis proponere debemus.

ASSERTIO III.

*Unicum est ius naturale, unicumque ius gentium, explosa DD. distinctione inter primæuum & secundarium ius.*

**T**RIPLEX diuisio iuris à IC<sup>is</sup> est tradita, & in libros iuris Romani relata, nimirum quòd Ius sit aut naturale, aut gentium, aut ciuile. §. fi. Inst. de iust. & iu. l. 1. §. 1. eo. Ius naturale est, quod ex naturæ inclinationibus, quæ nobis cum cæteris animantibus sunt communes, proficiscitur: Licet enim

enim bruta animantia rationis, & proinde iuris, quod à ratione oritur, sint expertia; tamen quæ bruta faciunt incitatione & instinctu naturæ, ea si homines adhibita recta ratione faciant, iure naturali facere censentur. Cuiac. in notis Inst. tit. 2. Huius iuris exempla sunt, ordinata maris & foeminæ coniunctio, liberorum procreatio, educatio, & successio. d. l. 1. l. scripto. §. Vnde lib. l. vlt. C. de alen. lib. Item custodia & defensio vitæ, propulsatio violentiæ, communis omnium possessio, & omnium vna libertas. c. ius naturale, dist. 1. l. 3. & 4. §. de iust. & iu. Ius gentium est, quod naturali ratione constitutum, & omnium gentium consensu ac moribus approbatum & receptum est. l. omnes §. de iust. & iu. Ex hoc iure, distinctiones dominiorum, contractus & obligationes, item bella, captiuitates & seruitutes introducta sunt. l. 4. & 5. §. de iust. & iu.

Contra hanc IC<sup>is</sup> distinctionem, aliam vulgò interpretes excogitarunt, qua ius naturale, item gentium, aliud primæuū, aliud secundarium appellant. Ius naturale primæuum statuunt, quod omnibus animantibus cōmune est. Ius naturale secundarium, seu ius gentium primæuū vocant, quod natura homini in prima creatione in seuit, vt sunt normæ & discrimina honestorū & turpium. Cuius exempla sunt, religio erga Deum, pietas in patriam & parentes, alterum nō lædere, neminē locupletari debere cum alterius iactura. l. 2. §. de iust. & iu. l. nā hoc. §. de cond. inde. Ius gentium secundariū dicunt, quod nō à simplici ratione naturali proficiscitur, sed per ratiocinationem, vsu & humanis necessitatibus exigentibus, homines communi consensu cōstituerunt. Cuius iuris sunt bella, seruitutes, distinctiones dominiorum, & contractus. Latè Minf. ad §. 1. Inst. tit. 2. vbi hanc distinctionem DD. in scholis receptam esse inculcat. Verùm licet hæc distinctio commodioris doctrinæ gratia tolerari possit, tamen si ad exactam iuris rationem & veritatis trutinam reuocetur, vera non est: alioqui mancus & imperfectus esset Vlpianus in d. l. 1. vbi unicum ius naturale, & unicum ius gentium statuit. Causam receptæ distinctioni DD. dedit, quòd cum ius gentium dicatur naturali ratione constitutum, tamen multa sunt iuris gentium, quæ iuri naturali aduersantur & repugnant, vt



4 sunt bella, & seruitutes, res rationi naturali maximè contrariæ, cum natura omnes homines ab initio liberos procreauerit. §. Ius autem gentium. Inst. tit. 2. d. l. 5. Item dominiorum distinctiones & acquisitiones: nullius enim à natura quicquam erat proprium ab exordio generis humani. l. 1. §. de acq. re. do. Cicero 1. Officior.

Sed huic obiectioni respondetur, quòd communio bonorum, & libertas, non sunt tam ius, quam bona quædam integræ & incorruptæ naturæ conuenientia, quæ deprauata natura humana non poterant amplius retineri. Cum enim partim propter plurimorum ignauiam, qui pasci alieno labore volebant, partim ob sæuitiam potentiorum, qui tenuiores communium rerum vsu prohibebant, non poterant amplius homines in comunione viuere, sublatum est cõmunione vniuersalis bonum, & distinctio dominiorum introducta. Præterea seruitutes & bella ad defensionem innocentum, & reprimendam improborum audaciam sunt excogitata, quæ hisce deprauatis hominum moribus, & rectæ rationi conueniunt. Vide Wesemb. in parat. de iust. & iu. nu. 15. Baro. ad §. singulorum. Inst. de rer. diuis. Corraf. lib. 6. Misc. c. vlt.

## ASSERTIO IV.

*Ius naturale est immutabile.*

**H**oc discrimen inter ius naturale & ciuile legibus proditum est, quòd nimirum hoc sit mutationi obnoxium, illud non item. §. pen. Inst. tit. 2. Cum enim ius naturale sit in naturali ratione & æquitate positum, & mentibus hominum à DEO insculptum per creationem, sequitur, quòd sicut DEVS author legis naturæ nõ mutatur, ita nec ius naturale, quod ex diuinæ rationis dictamine procedit, variatur. Ius autè ciuile, cum sit humana auctoritate magistratus constitutum, propter varias negotiorum ac rerum circumstantias sæpè mutatur.

Obijcitur, quòd Libertas est iuris naturalis: omnes enim homines iure naturali ab initio Liberi nascebantur. §. ius autem gentium. Inst. tit. 2. Sed hæc Libertas multis aufertur, & plerif-

5 plerisque ciuilibus legibus seruitus imponitur, quæ iuri naturæ contraria est. Resp. Ius naturale profus tolli & aboleri non potest, derogari tamen ei ex parte potest. §. vlt. Inst. de legit. agn. tut. Vnde lex ait, Ius ciuile dici, quod neque in totum à iure naturali recedit, neque per omnia ei seruit. l. 6. §. de iust. & iu. Et idè in seruis non planè tollitur libertas, sed libertatis vis & officium suffocatur, ne effectum suum producere possit. Sic cum dicitur capitis diminutione maxima & media cognationis ius tolli, in d. §. vlt. hoc non ita est accipiendum, quòd ipsa cognatio naturalis tollatur, quia ius sanguinis est immutabile. l. iura sanguinis §. de R. I. sed quòd effectus cognationis, puta successiones & tutelæ, per ius ciuile, puta per maximam & mediam capitis diminutionem impediuntur.

Secundò obijcitur, quòd lex naturæ dicat neminem cum alterius iniuria locupletari debere. Sed ab hac naturali ratione recedit vsucapio, vbi inuito domino aufertur sua possessio per longi temporis vsu. Resp. Ius naturæ à iure ciuili quandoque recipit temperamentum & limitationem. Siquidem lex naturæ inferior, quæ vetat nos cum alterius damno locupletari, legi superiori cedit, quæ vniuersalem humanæ societatis conseruationem efflagitat. Cessante enim vsucapione non possent homines tutè & quietè res suas possidere, nemo posset esse certus de dominio rei suæ, etiam si quàm diutissimè eam possedisset, sed semper timeret, ne verus dominus eam sibi auferret. Ideoque ne amplius incerta essent rerum dominia, vsucapio introducta est bono publico: nam incertitudine ista manente ciuilis vitæ societas commodè conseruari non poterat. Præterea vsucapio ad lites minuendas magnoperè pertinet, quas amputari interest Reipub. l. vlt. §. Pro suo.

## ASSERTIO V.

*Æquitas præfertur stricto iuri.*

**I**NSIGNIS & egregia extat in iure prodita regula, quòd iudex in omnibus æquitatis & iustitiæ magis, quàm stricti iuris rationem habere debet, quæ traditur in l. placuit. C. de iudic. & l. in omnibus §. 1. §. de R. I. Hinc præcipitur iudici,



6  
vt in condemnando & absoluendo æquitatem semper ante oculos habeat. l. 4. ff. De eo quod cer. lo.

Verum cum hac decisione pugnat l. prospexit 12. ff. Qui & à quib. manu. vbi dicitur, quod etsi lex scripta sit perquam dura, tamen seruanda est. Vnde sequitur, quod iudex sequi debet id quod legibus præscriptum est, strictumque ius æquitati præferre tenetur. Resp. Sic habendum est. In casibus à Lege expressis lex sequenda est, etiamsi dura aut iniqua videatur. Hæc durities à solo Principe mollienda est, qui de casu ambiguo, de quo non liquet, à iudice consulendus est. l. 1. C. de relat. l. vlt. C. de legib. Hoc sibi apud Gallos hodie vindicant parlamenta aduersus inferiores iudices, à quibus ad ipsam curiam appellatur. In casibus verò non scriptis & à lege prætermisissis, iudex æquitatem rigori præferre debet: nam vt Aristot. scribit, æquitas nihil aliud est, quam Legis scriptæ interpretatio & supplementum, ἡ ἐπιπέφραξις ἐστὶν τῆ γράμματος νόμου ἔμμετρα. Cuiac. lib. 2. feud. cap. 1. Cicero pro Cæcin. Hæc est illa æquitas, quam perfectam rationem appellant, quæ leges strictumque ius interpretatur & emendat, nulla scriptura comprehensa, sed solum in vera ratione consistens. Cum enim omnes articuli sigillatim legibus non possint comprehendi, hinc iudex in casibus lege non expressis & similibus, æquitate ratione ad similia procedere, & iurisdictione sua legis defectum supplere debet. l. neque. l. non possunt, cum seqq. ff. de leg. Talia verò multa sunt, quæ certis & præcis regulis comprehendi non possunt, sed necessariò religioni & prudentiæ iudicis committuntur. l. 3. ff. de testib. l. vbiunque ff. de inter. act.

ASSERTIO VI.

*Quilibet Populus, & qualibet ciuitas ius sibi condere propria auctoritate non potest.*

**Q**UÆRITUR, An quælibet ciuitas possit propria auctoritate ius statuere, sine permisso superioris? Et videtur simpliciter & indistinctè dicendum, quod possit, quia in l. omnes populi. ff. de iust. & iu. hoc ius per repetitam geminationem

minationem conceditur, quod quilibet populus & quælibet ciuitas proprijs legibus vti & viuere possit. Deinde frustra homines in ciuitates coire naturalis ratio instituisset, nisi quemadmodum inter se viuerent, disponendi fecisset potestatem. Verum contraria sententia probabilius videtur, defendi posse, quod scilicet quælibet ciuitas propria auctoritate iura condere non possit: idque ex hac ratione, quia ius publicum priuatorum pactis mutari non potest. l. ius publicum ff. de pact. Atqui ciuitates Pop. Romano subiectæ priuatorum loco habentur, l. bona. 15. de V. S. Ergo non possunt contra iuris publici formam arbitrio suo leges ferre. Hinc ergo concludendum videtur, quod ciuitates possunt quidem leges ferre, quas municipales dicimus, sed non tales, quæ iuri publico, aut Principis constitutioni derogent, & valent earum statuta magis in vim cuiusdam pacti, quam legis, l. vlt. ff. de coll. & corp. l. vlt. C. de leg. Itaque si iuri communi, aut Principis edictis statuta ciuitatum repugnent, non valebunt, nisi confirmatio Principis accedat. l. 3. §. Diuus ff. de sep. viol. Ita notat Baro ad l. 3. ff. Quod cui. vni. no.

Obijcitur l. Antiochenium ff. de priui. cred. vbi dicitur, quod Antiochia ciuitas iure proprio, seu lege patria contra iuris communis dispositionem priuilegium habeat, vt tacita & priuilegiata hypotheca in bonis debitorum vtatur. Ergo propria & peculiari potestate possunt ciuitates leges & priuilegia concedere sine auctoritate Principis. Resp. sub distinctione. Aut ciuitates sunt liberae, nullius iurisdictioni subiectæ, vt sunt ciuitates imperiales, & hæc si regalia habent, condere sibi quaslibet leges proprio iure possunt. d. l. Antiochenium. Aut recognoscunt superiorem, vt oppida Principum, & hæc possunt facere statuta, dummodo iuri publico, vt Principis edictis, non repugnent. Vide Zazium ad l. de quibus. nu. 15. & 16. ff. de legib. vbi hanc distinctionem comprobat.

ASSERTIO



ASSERTIO VII.

*Lites & controuersie ex præsripto legum, non ex arbitrio iudicis dijudicari debent.*

**H**æc assertio probatur in §. 1. Inst. de off. iud. vbi pro regula traditur, quod iudices secundum leges, constitutiones Principum & cōsuetudines iudicare debent. Ratio est, quia ius certum est, & æquabili fronte omnes aspicit. l. 2. ff. de iu. & fac. ign. Itaque potius ex eo, quàm ex humanis arbitrijs, quæ moueri gratia, frangi potentia, prece preciove corrumpti, odio, spe aut metu concuti possunt, iudex iustitiam administrabit. Vnde & debent iudices initio suscepti officij iurare, quod secundum legum obseruationem iudicare velint. l. rem non nouam. C. de iudic. Cuius iurifurandi formula præscribitur in Nouel. 8.

Obijcitur Auth. hodie C. de iudic. vbi dicitur, quod hodie iudices iurant se facturos, secundum quod eis visum fuerit iustius & melius. Resp. Hoc ita intelligendum est, vt istud iustius & melius secundum leges examinari & decidi debeat, vt patet ex d. No. 8. dum ait textus: Neutri parti præter ius & fas additus ero, & æquitatem in omnibus conseruabo.

Secundò obijcitur l. placuit. C. de iudic. quæ iubet æquitatis magis, quàm iuris rationem haberi. Resp. In casibus lege expressis, lex sequenda est, etiamsi dura aut iniqua videatur. l. prospexit. ff. Qui & à quib. & c. Cùm verò omnes articuli legibus comprehendi non possint, iudex in casibus lege non expressis, & similibus, æquitatis ratione ad similia procedet, & iurisdictione sua legis defectum supplebit. l. neque l. non possunt ff. de ll. atque ita intelligenda est d. l. placuit. Si autem casus sit ambiguus, vt iudici non liqueat, vel articulus controuersus scripto & sententia legis non contineatur, tunc Princeps consulendus est, qui solus potest legem dubiam interpretari, & ad alios casus, in quibus eadem ratio non militat, legem producere. l. 1. C. de relat. l. vlt. C. de legib. Ita accipienda est l. 1. C. de legib. quæ

quæ ait, inter æquitatem & ius soli Principi licet interpretationem interponere. Hoc est, cùm sententia legis ambigua est, & casus oblati scripto aut sententia legis non comprehenditur, ipsaque æquitas cum scripto iure conflagere videtur, tunc solus Princeps arbitrium suum interponet. l. & ideo x. ff. de legib. Vbi dicitur, de ijs quæ primò constituuntur, aut interpretatione, aut constitutione Principis certius quid statuendum est. Atqui vbi voluntas & sententia legis certa est, potest iudex legem interpretari, & ad similia procedere. l. non possunt 12. ff. de leg. Vbi dicitur, cùm sententia legis manifesta est, tum is qui iurisdictioni præest, ad similia procedere, & ita ius dicere debet. Vide Conna. lib. 1. Com. iur. c. xi. num. 7. & 8. Oldend. in libel. de iure & æquitate.

ASSERTIO VIII.

*Consuetudo non introducitur decennio, neque duobus actibus.*

**A**d introducendam consuetudinem requiritur actuum frequentia, & tempus, iudicis arbitrio definienda: neque sufficiunt duo actus, & decennium, vt communis habet opinio. Hoc enim commune DD. placitum, quod longo tempore, (quod decennio terminant) & duobus actibus introducatur cōsuetudo, à iuris intellectu longissimè abest. Primum quippe nõ duobus actibus, sed multis & antiquis exemplis opus est ad consuetudinem introducendam. l. 1. C. Quæ sit lon. conf. vbi dicitur, probatis ijs, quæ in oppido frequenter in eodem controuersiarum genere seruata sunt, præses prouinciæ statuet. Frequenter autem fit, quod sæpè & crebrò, non quod bis aut ter fit. Sic frequens Senatus dicitur, non vbi duo aut tres, sed multi sunt congregati. Consuetudo enim est habitus quidam, qui non vno atque altero actu, sed longa obseruatione acquiritur. Vt ergo consuetudo legitimè introducatur, requiruntur actus tam frequentes, ex quibus verisimile sit ius hoc in Populi notitiam peruenisse. d. l. 1. l. 3. C. de ædif. priua. Vnde duo vel tres actus non statim faciunt consuetudinem, sed hoc potius iudicis arbitrio

B relinquen-



relinquendum est, ut is statuatur, quot actibus Populi notitia & consensus comparetur. Ita tradunt Azo in sum. C. Quæ sit lon. conf. Wesem. in parat. de legib.

Opponitur l. 3. C. de epis. aud. ubi dicitur, quod qui bis deliquit, consuetus sit delinquere: unde colligitur, ex duobus actibus introduci consuetudinem. Resp. In consuetudine vel assuetudine unius hominis, quæ non facit ius, sufficiunt duo actus, ad probandum, verum sit ille ita assuetus vel non. l. vel uniuersorum de pig. act. In consuetudine autem quæ ius facit, certus numerus actuum non est determinatus, ideoque hoc iudicis arbitrio est relinquendum. arg. l. 1. de iu. delib. Curt. ad c. ult. de consuet. sect. 4. num. 37. & 39. Neque sufficit decennij spacium ad inducendam consuetudinem: nam requiritur, ut inueterata sit consuetudo. l. de quibus. de leg. Quod de spacio decennij intelligi non potest, cum verus factum dicatur, quod à nostra memoria remotum est. l. 2. §. 1. de aqu. plu. arc. Sic etiam longæua consuetudo appellatur in l. 2. C. Quæ sit lon. conf. Longæuum autem spacium de centum annis dicitur l. an vsusfructus § 6. de vsufr. Cum ergo de tempore inducendæ consuetudinis variè leges statuunt, & modò longæuum, modò diuturnum, modò inueteratum tempus requirant, rationi magis consentaneum est, non esse hoc tempus certò à iure definitum, quia incertum est quanto tempore notitia seu cōsensus Populi acquiratur: itaque iudicis arbitrio hoc tempus definiendum est. Cuius in para. C. Quæ sit lon. conf.

Neque in contrarium facit, quod consuetudo dicatur longa & diuturna: quæ verba de decennio interpretes accipiunt, eoque solo argumento nituntur: quia & his verbis, longi & diuturni temporis quadraginta anni significantur, l. 2. in verb. ne conductor diu res alienas tenendo, proprietatis ius vsurpet. C. de præf. 30. an. l. qui in prouincia § 7. de rit. nup. Cuius lib. Obs. 18. c. 28. Conna. lib. 1. com. c. 10. num. 6.

ASSERTIO

ASSERTIO IX.

Consuetudo abrogat & emendat Legem scriptam.

PROBATVR hæc thesis in l. de quibus. de leg. Vbi Iulianus ait, leges tacito consensu omnium per desuetudinem abrogari. concordat §. pen. Inst. de iu. nat. gent. & ciu. Abrogat itaque consuetudo legem, & si generalis est consuetudo, quæ ubique seruatur, vincit legem scriptam generaliter: si verò specialis est, tollit legem in eo loco, ubi viget. d. l. de quibus, ubi gl. magna. l. venditor. §. si constat. Com. præd.

Obijcitur Constantini rescriptum in l. 2. C. Quæ sit lon. conf. cuius hæc sunt verba: Consuetudinis vsusque longæui non est vilis auctoritas, sed non adeò sui valitura momento, ut ratione vincat aut legem. Ex quo consequi videtur legem consuetudine non posse abrogari. Ad hanc antinomiã respondendum, quod consuetudo quidem legem tollat & abroget, sed tamen legislatoris potestatem & auctoritatem non adimit, quin possit consuetudinem vitiosam tollere & emendare, vel alia lege postea lata, vel legem consuetudine obliteratam iterum in vsum reuocare. Ideoque non dicitur d. l. 2. quod consuetudo non possit legem abrogare, sed quod legem non vincat: hoc est, non potest consuetudo legislatoris auctoritatem infringere, quin possit lege noua certiori & aqiori ratione stabilita, vitiosam cōsuetudinẽ tollere & emendare. Ita ~~etiam~~ respondet Oldend. in princ. class. cui adstipulatur Contius in d. l. 2.

Opponitur 2º l. 3. §. Diuus. de sep. viol. ubi rescripto Adriani Imp. statuitur poena 40. aureorum in eum, qui mortuum in ciuitate sepeliuit, & additur, eam poenam habere locum, licet consuetudo vel statutum municipij contrarium permittat. Respondet Accurs. rectè in d. §. Diuus, quod ibi consuetudo vel statutum nouam constitutionem Adriani principis præcessit, quæ consuetudo per subsequenter legem abrogatur. Sed consuetudo noua superueniens post legem ante latam, derogat legi præcedenti.

B 2

ASSERTIO



ASSERTIO X.

Consuetudo tam per actus extraiudiciales, quam iudiciales introducitur.

PROBATVR primò consuetudo per sententias Iudicis definitiuas, si nominatim in ijs fiat mentio consuetudinis, vel si in sententia iudicis consuetudo confirmetur, tex. in l. cum de consuetudine. 34. & l. nam Imperator 38. ff. de leg. Secundo per actus extraiudiciales consuetudo probatur, sed toties tamen repetitos, vt de tacito Populi consensu ex ijs constare possit. d.l. 34. l. sed & ea. l. nam Imperator. ff. d. tit. Et hæc est communis DD. sententia, quòd etiam actus extraiudiciales ad introducendam consuetudinem sufficiant, vt notant Curtius in tract. de consuetud. sect. 4. nu. 34. & sequ. Gail lib. 2. Obs. c. 31. vbi secundum eam sæpius in Camera imperij iudicatum refert.

Sed obijcitur d.l. cum de consuetudine, vbi dicitur, ad probandam consuetudinem illud imprimis explorandum esse, an etiam contradictorio iudicio aliquando sit firmata. Resp. Illud non rectè ex h.l. colligitur, non aliter quam actibus iudicarijs probari consuetudinem, cum ex tacito populi consensu ea introducatur, l. de quibus. ff. de ll. In ijs autem quæ solo consensu inducuntur, iudicis auctoritas vel præsentia non est necessaria. l. siue apud acta C. de transf. Rectè itaque illi hanc l. interpretantur, qui censent IC<sup>um</sup> magis hoc loco consilium dare, quam necessitatem imponere. Ita sentiunt Corraf. & Vacca in d.l. cum de consuetudine. Vel dicendum potius cum Bartolo in d.l. de quibus. num. 13. ff. de legib. quòd textus in d.l. cum de consuetudine dicat, videndum in probanda consuetudine, an etiam cõtradiçtorio iudicio sit firmata: vbi dictio Etiam, quæ est implicatiua particula, arguit aliter quoque quam per actus iudiciales probari consuetudinem. Adde, quòd in d.l. nam Imperator, alternatiuè ponatur, vel consuetudinem, vel res perpetuò iudicatas vim legis obtinere.

Secundò aduersatur l. i. C. Quæ sit long. conf. vbi statuitur in con-

in consuetudine inducenda probanda esse ea, quæ in oppido frequenter in eodem controuersiarum genere sunt obseruata. Resp. Ille textus non dicit, quòd debeat esse iudicatum secundum consuetudinem, sed quòd debeat probari obseruantia, & sic ipsa consuetudo. Vel dicendum, quòd ille textus loquitur de consuetudine, quæ est circa cognitionem litium, & decisionem causarum forensium, quam debet iudex in similibus causis obseruare.

ASSERTIO XI.

Princeps legibus solutus est.

CVM Princeps sit supra leges, & omnem condendæ, interpretandæ & abrogandæ Legis potestatem habeat. l. i. & vlt. C. de leg. hinc sequitur, quòd legum obseruatione non teneatur. l. princeps ff. de leg. l. 3. C. de testa. l. ex imperfecto 23. de leg. 3. Licet autem leges & constitutiones non ligent ipsum Principem, tanquam legislatorem, auctoritate, honestate tamen & naturali ratione eum constringunt. l. digna vox C. de legib. d. l. 3.

Prædicta autem assertio de ciuilibus legibus & solennibus iuris accipienda est, quibus Princeps non tenetur, vt sunt solennia iudiciorum & testamentorum. Hinc in testando non tenetur Princeps ad testamentariam obseruationem, quia eius præsentia supplet omnem solennitatum defectum. l. omnium C. de testa. Corraf. lib. 2. Misc. c. vlt. Sic & Princeps, quæ non iure minusque solenniter facta sunt, confirmare potest, vt adoptionem non ritè factam. l. adoptio 38. ff. de adop. Sicuti & matrimonium non ritè cõtractum corroborare Principem, probat l. qui in prouincia 57. ff. de ritu nupt. Verum legibus naturæ & gentium Princeps non est exemptus. l. 2. §. 1. ff. de reb. eor. qui sub tute. Vnde pacta & contractus cum subditis initos seruare tenetur, ex iis que obligatur efficaciter, tex. in c. 1. vbi C. C. ex. de proba. Wes. in parat. de const. Princ. Bart. ad d. l. digna vox.

Contrarium autem tradunt vt pluriimū interpretes, Principem scilicet ex contractibus cum subditis initis, tantū iure naturali



seu gentium ex consensu obligari. per l. cum amplius. §. is natura. ff. de R. I. l. Stichum. §. naturalis. ff. de solu. non vero ciuilitate: cum ciuilibus præceptis Princeps censeatur esse solutus. Ab. Feli. & Deci. in d. c. 1. Sed verius Melius in addit. ad Decium in d. c. 1. & Bald. in d. l. Princeps, existimant, Principem non solum naturaliter, sed etiam ciuilitate & efficaciter ex contractibus cum subditis initis obligari, ne Princeps alioqui omni commercio exuatur. Constant enim contractus Arithmetica proportione, quæ in commutatione commerciorum æqualitatem planè exigit, nec considerat aliquis Rex vel subditus sit, diues vel pauper, sed vult omnes contrahentes vtrò citroque æqualiter obligari, & idè contractus non debent claudicare. l. cum emptor ff. de resc. vend. l. Labeo 19. de V. S.

ASSERTIO XII.

Communis error minimè facit Ius.

**L**EGES omnes iuris Romani certo animi iudicio, ex naturalibus notitijs, iustis & rectis rationibus promulgatæ sunt. Ius enim est ars æqui & boni, quæ non ex vago errore & incerto impetu primùm cœpit, sed ex certis præceptis honestati & publicæ utilitati conuenientibus collecta est. Vnde minimè dubium est, illud axioma D D. quod communis error ius faciat, legibus non esse consentaneum.

Probare conantur hoc enunciatum primò per l. Barbarius. ff. de off. præ. vbi dicitur, quod acta à Prætoribus seruo, qui liber credebatur, dum prætura fungeretur, rata & firma sunt. Ex quo colligunt, quod communis error & opinio faciat ius. Verum respondendum ad d. l. Barbarius, quod summo iure acta & decreta Prætoris serui, valere & effectum habere non potuerunt: verum ex benignitate propter utilitatem publicam placuit ea rata ac firma esse: ne tam multæ sententiæ benè latæ rescinderentur, ac multorum ciuium iura & possessiones turbarentur. ~~Hotom. illust. quæst. 17. Gouea. lib. 1. Var. lect. c. 6.~~

Unde lesin §  
ed cum aliqui  
ff. de off. præ.  
de iuris  
omnia

Secundò

Secundò probare intendunt hoc axioma, per l. 3. §. fi. ff. de sup. leg. vbi Paulus respondit, quod error ius faciat. Respondendum, quod in dispositione patrisfamilias circa rem familiarem & domesticam error quidem testatoris ius faciat, sed tamen communis error Populi non facit ius vniuersale inter omnes homines. Quod vt rectius intelligatur, & sententia d. §. fin. dextrè explicetur, sciendum est, quod supellectilis appellatione aurea & argentea escaria & potoria vasa non continentur, propter sæculi seueritatem, nondum admittentis supellectilem argenteam: si tamen probetur testatorem ea supellectili adnumerasse, appellatione supellectilis comprehenduntur. d. l. 3. §. pen. l. cum quidam. ff. eo. Ratio est, quia in his rebus testatoris vsus præcipuè attenditur. Malè ergo ex d. l. 3. colligitur, quod communis error ius faciat, sed hoc tantum ibi indicatur, quod error testatoris in vocabulo ius faciat, in rebus quæ pendent ab eius voluntate & dispositione, quod non rectè interpretes ad quemuis errorem indistinctè perduxerunt. Cuius ad lib. 3. sent. Paul. c. 6.

ASSERTIO XIII.

Communia à publicis differunt non vsu, sed proprietate. Communia enim ab omnibus per partes acquiruntur occupando, etiam quoad proprietatem: publicorum verò proprietates est in bonis Populi.

**Q**UOD differant inter se communia & publica, & diuersè distinctæque sint species, patet ex §. 1. Inst. de re. diu. vbi res diuiduntur in quinque genera, in communes, publicas, vniuersitatis, nullius, & singulorum. Differunt autem communia à publicis non vsu, (vsus enim communium & publicorum promiscuè omnibus patet) sed proprietate. Communia enim ab omnibus occupando acquiruntur tam vsu quàm proprietate: & quantum quisque occupat ex communibus rebus per partes, ipsius efficitur proprium: communium enim proprietates iure gentium nullius est, ideoque occupanti conceditur. §. littorum. Inst. de re. diu. l. quod in littore ff. de acq. re. do. Exem-



do. Exempli gratia, quilibet in mari vel littore maris potest insulas ædificare, moles pilasve iacere, & ædificans constituitur dominus ædificij & soli, quamdiu ibi ædificium manet. l. ergo 30. §. vlt. l. quamuis. 50. ꝛ de acq. re. do. Publica verò patent quoad vsum omnibus, sed non quoad proprietatem: cum proprietas publicorum sit in bonis Pop. vel imperij Romani. §. flumina. & ibi Theop. & Cuiac. Inst. de re. diui. Vnde nec occupanti flumen proprietatem conceditur, vt benè Iohannes antiquus interpres sensit, cum sit proprietatem eius occupata à Populo. l. 7. §. 4. ꝛ. de acq. re. do. Hinc & nemini permittitur in flumine publico molenina vel alia opera extruere sine Principis aut Senatus permisso. l. 2. §. si quis à principe. ꝛ Ne quid in lo. pub. l. 2. in verb. nisi Imperator vetet ꝛ de flumin. Vfus tamen fluminum est communis, ideoque ius piscandi in flumine omnibus competit. d. §. flumina.

Obijcitur l. 2. ꝛ de re. diui. vbi Martianus in diuisione rerum, quatuor tantum genera enumerat, & omittit publica: vbi communium appellatione videntur publica comprehendere, & sic inter communia & publica nihil erit differentia: quæ l. pugnat cum §. 1. Inst. de re. diu. Resp. sub rebus vniuersitatis comprehenduntur publica: bona enim vniuersitatis alia sunt Populi seu imperij Romani, & hæc propriè dicuntur publica: alia sunt bona ciuitatum publica, & hæc non propriè publica dicuntur, sed potius res vniuersitatis: quia ciuitates loco priuatorum habentur. l. bona 15. cum ll. seqq. ꝛ de V. S. l. vsucapionem 9. in verb. publicis Pop. Romani. ꝛ de vsuc. Wesem. in princ. tit. Inst. de rer. diu. Idque etiam comprobatur per l. 1. ꝛ eo. vbi Paulus disertè ait publicas res nullius in bonis esse, addita ratione, quia vniuersitatis sunt.

Secundò obijcitur l. littora ꝛ Ne qu. in lo. pub. vbi dicitur littora esse Pop. Romani. Resp. Littora Pop. Romani, & sic publica esse dicuntur, quoad imperiũ seu iurisdictionem. Licet enim mare litusque omnibus sit commune, etiam quoad proprietatem, tamen magistratus Pop. Rom. illis legem modumque imponere potest, quatenus ijs sit vtendum: puta nauigando, ædificando, ne quilibet pro suo arbitrio, & cum damno Reipub. vsum

vsum eorum sibi vindicet. d. l. littora. & d. l. quamuis. Wesem. ad d. §. flumina.

ASSERTIO XIV.

*Iudex secundum ea quæ allegantur & probantur in iudicio, non secundum ea, quæ scit vt priuatus, iudicare debet.*

**V**ERTVS est disputatio, tam inter Martinũ & Iohannem, veteres glossatores, quàm Iurisperitos recentiores agitata, Vtrum iudex secundum conscientiam, an potius secundum acta, & probata iudicare debeat. Martinus defendit, iudicem conscientiam suam in iudicando sequi oportere. Iohannes voluit iudicem, iuxta probata pronunciare debere. Verior est in hoc cõflictu opinio Iohannis, quòd iudex potius probationes, quàm conscientiam sequi in iudicando debeat: quia tutior hæc est ratio finiendarum litium, quàm si obtentu scientiæ iudicis permiseris, vt nulla habeatur ratio probationum. Probatur hæc decisio in l. illicitas §. Veritas ꝛ de off. præf. vbi statuitur, quòd præses prouinciæ, fidem eorum, quæ probabuntur sequetur. Secundò confirmatur hoc argumento, quòd nemo possit simul testis & iudicis partibus fungi. Sed si licebit iudici, secundum ea, quæ scit iudicare, probationibus deficientibus, aut his, quæ in iudicio productæ sunt, planè contemptis, simul testis & iudicis partibus fungetur, quæ pariter in vna persona conuenire non possunt. Et hæc est omnium ferè DD. sententia, tam à Canonistis, quàm legistis approbata, teste Costalio in d. §. veritas.

Non adiuuat sententiam Martini l. si irruptione. ꝛ Fin. reg. vbi dicitur, quòd tutissimus probandi modus sit, in finibus agri dirimendis, si ipse iudex loca oculis suis subijciat: vnde colligitur, iudicem in iudicando, suam conscientiam, & animi arbitrium sequi debere. Quia respondendum, quòd in finibus agrorum distinguendis, iudex coram fines intueri debet, & secundum id, quod veniens in rem præsentem comperit, iudicabit. Itaque non ibi iudicat, secundum ea, quæ scit vt priuatus, sed secundum ea, quæ euidenti demonstratione sibi probata sunt, vt iudici.

C Non



Non obstat quoque l. vnic. C. ut quæ def. aduo. Vbi dicitur iudicem debere ea, quæ à litigantibus omiffa sunt, supplere; nam hoc ipsa lex ita declarat, quod ea quæ iuris sunt, possit iudex ex officio supplere, sed non quæ facti sunt: itaque nec probationes, quæ in facto consistunt, litigantibus suppeditabit.

Tertio opponitur l. 3. vers. Tu magis scire debes. & §. eiusdem de testibus: vbi dicitur iudicem posse ex præsumptionibus, coniecturis, & indicijs fidem non adhibere testium dictis. Ergo poterit iudex testium probationes omittere, & sequi potius propriam scientiam. Resp. Non sunt probationes in iero iudicis arbitrio positæ, ita vt possit veras, & perfectas probationes reijcere, & semiplenas pro plenis admittere, sed hoc iudicis arbitrium legibus & constitutionibus debet esse conforme, ita vt neque veras & legitimas probationes reijciat, neq. falsas & illegitimas admittat: potest tamen iudex circumstantias personarum & factorum examinare in testibus, ita vt videat an testes sint integræ famæ, an verò infames: an lucri, vel odij gratia quid dicant; ita vt suspectos repellat, idoneos verò & fide dignos admittat.

ade l. 3. s. præterea ff. de iur. iur.

Quarto contra hanc sententiam adfertur l. illicitas §. veritas de off. præf. vbi dicitur, quod veritas rerum, gestorum, id est, actorum iudicialium, erroribus non vitatur: quasi dicat IC. quod veritas cuius iudex sibi conscius est, nullis probationibus, seu testimonijs vitari debet, itaque iudex propriam conscientiam in iudicando sequetur.

Resp. Vera interpretatio illius textus est, quod iudex debet ex veris probationibus, non ex simulatis & falsis instrumentis, sententiam dicere. Quod si constiterit iudici, ea esse falsa, minimè veritas erroneis & falsis instrumentis vitabitur: vt puta, Ego chirographo caui, me tibi centum debere ex mutuo, quæ mihi verè mutuata non sunt. Hoc si apud iudicem probauero, iudex non sequetur meum errorem in cautione, seu chirographo, sed probaram veritatem in iudicio.

Sed qua ratione iudex conscientiam suam liberare & purgare poterit, quando scit rem aliter se habere, quàm à litigantibus probatum est: an contra animi sui sententiam, & rei gestæ veritatem iudicabit? Hic dicendum est, quod tutius faciet, si à iudicando

iudicando abstineat: itaque deposita interim persona iudicis, assumet personam testis, quo veritas patefiat, ac ad maiorem iudicem, causam iudicandam reijciat. Cautum enim est legibus, quoties casus est ambiguus, vt iudici de veritate vel iure eius non liqueat, quod ad maiorem iudicem, vel principem referre teneatur, illudque quod sibi responsum fuerit exequetur. l. eum quem 79. §. vlt. de iud. l. 1. & 3. C. de relat. §. finali. No. 82. de iudicib. Approbant & laudant hoc consilium, Alcia. ad l. inter hæc verba 179. de V. S. Hotoman. in illust. quæst. 4. 25. Cuiac. lib. Obs. 12. cap. 19. Couarru. lib. 1. var. resol. c. 1. qui tamen hanc cautelam in medio relinquit.

ASSERTIO XV.

Respondeo Azo contra Lotharium defendit, quod solus princeps non habeat merum imperium, sed & alij magistratus.

VERVS est quæstio, An Imp. solus habeat merum imperium, an verò & alij magistratus: quæ olim in diuersas & contrarias partes agitata fuit à Lothario & Azone IC: cum ab Imp. Henrico Lucelburgensi ipsis fuisset proposita. Lotharius siquidem Cæsaris gratiam captans, solum Imp. merum habere imperium respondit. Azo verò defendit, merum imperium in Imperatore quidem tanquam fonte residere, sed nihilominus alios magistratus hanc potestatem habere. Azo in sum. C. de iurisd. Licet autem opinio Lotharij probetur Alciato lib. 2. paradox. c. 6. tamen vera non est, neque legibus congruit, cum etiam alijs quibusdam magistratibus meri imperij exercitium competat. arg. l. cognitio. §. cum propriam de off. eius cui, &c. Probat hoc quoque rotundus & apertus tex. in. l. illicitas. §. qui vniuersas. de off. præf. vbi dicitur: Qui vniuersas prouincias regunt, ius gladij habent, & in metallum damnare possunt. Hæc Azonis sententia communi DD. calculo recepta est, vt testatur Anto. Vacca in d. §. qui vniuersas.

Pro sententia Lotharij adfertur l. 1. de off. eius cui, &c. vbi dicitur, magistratus tantum habere exercitium meri imperij,



imò sapius executores & administratores appellantur. Vnde infertur, ipsum ius meri imperij principi tantum, exercitium verò, quod in facto cõfistit, alijs magistratibus competere. Resp. Hæc verba legis Azo interpretatur, ad ipsum ius necessario pertinere, quia in d. l. i. disertè scribitur, magistratibus ius meri imperij specialiter datum esse à lege, S C<sup>o</sup>, vel constitutione principum. Item in l. 4. ñ de off. præf. affirmatur præsidem maximum imperium post principem habere. Hæc verba dare, & habere, ius, & proprietatem significant, nõ verò exercitium tantum, & administrationem. Vno tamen intuitu solum opinio Lotharij defendi potest, videlicet quatenus magistratum creatorum cura ad principem spectat, nam tunc magistratum ab eo accipiendo, etiam merum imperium accipere videntur. l. i. ñ ad. l. Iul. amb.

ASSERTIO XVI.

*Merum imperium delegari non potest, & ne quidem propter absentiam promiscuè delegari potest.*

**Q**UÆCUNQUE specialiter, hoc est, nominatim & expressè lege, S C<sup>o</sup>, vel constitutione principum tribuuntur, ea non possunt alteri mandari, l. i. ñ de off. eius cui, &c. Tale est merum imperium, quod specialiter lege datur, nec competit ordinario iure magistratus, ideoque ab eo cui datum est, alteri delegari nequit. l. nemo potest 70. ñ de R. I. Ratio est, quia specialiter potestas meri imperij, nimirum disceptatio coërcitioque criminum, certis magistratibus, ob singularem fidem, & industriam, ad hoc delectis concessa est. Cum enim antiquitus non liceret iniussu populi, in civis Romani caput animadvertere l. 2. §. Deinde cum ærarium. ñ de orig. iu. ideo exercitio meri imperij, à populo vel principe, legibus publicorum iudiciorum certis magistratibus specialiter tributa fuit. arg. l. aliud 131. in fi. de V. S. l. siquid erit ñ de off. procons. d. l. 2. §. Deinde Cornelius. Maius enim negotium maioribus nostris visum fuit, de liberi hominis capite statuere, quàm vt cuiusvis magistratus arbitrio

bitrio id permetteretur, qui non etiam à tota Repub. (de cuius membri mutilatione agebatur) mandatum accepisset.

Obijcitur quòd legati proconsulis, qui mandatam habent iurisdictionem, possint etiam criminales causas definire, quæ meri sunt imperij. l. solent ñ de off. procons. Resp. Mandata iurisdictione legatis, non transit ad eos merum imperium, nisi quòd causas criminales audire tantum & cognoscere possint, vsque ad sententiam, non verò iudicare, aut exequi. Hinc statuit Iustinian. legatos proconsulum posse omnia agere, quæ ipsi proconsules possunt, citra tamen vltimum supplicium, aut membri amputatione. §. antequam No. 128. de collator. & alijs capit.

Limitant D D. suprascriptam conclusionem, quòd delegari possit merum imperium in casu absentia. per d. l. i. de off. eius cui, &c. in verb. non aliter mandare poterit quàm si abesse coeperit. Quæ sententia vera non est, nec quicquam iuuatur d. l. i. Nam primùm in illa lege hæc regula, tanquam certissimum iuris principium statuitur, quòd generaliter ea quæ meri imperij sunt, delegari nequeant: deinde subijcitur exceptio, quòd l. Iulia de vi nominatim cautum sit, quòd eius criminis exercitio possit in casu profectionis demandari: itaque non debet hoc quod specialiter in casu violentia l. Iulia concessum est, de quolibet mero imperio, hoc est, iuris gladij exercitio cõcedi: nam poena l. Iulia de vi maximè priuata, non erat capitalis, sed tantum ademptio tertiae partis bonorum. l. 2. C. ad l. Iul. de vi.

ASSERTIO XVII.

*Concessa iurisdictione à Principe, merum imperium non censetur concessum.*

**P**ROBATVR hæc thesis hisce duabus firmis rationibus. Prima est, quòd merum imperium non alijs competat, quàm quibus id specialiter lege, S C<sup>o</sup>, vel constitutione Principum conceditur. l. i. ñ de off. eius cui, &c. Igitur concessa iurisdictione non venit merum imperium, quia specialiter à lege datur. d. l. i. §. vlt. Altera ratio est quòd iurisdictione est separata species



species à mero imperio, eique opposita: unde non censetur eius appellatione venire merum imperium. l. vlt.  $\text{\textcircled{r}}$ . de off. eius cui, &c.

Obijcitur primò huic assertioni, quòd iurisdictione in genere accepta comprehendit sub se merum & mixtum imperium, & iurisdictionem simplicem. d. l. 1. vers. veluti, vbi publici iudicij exercitio, quæ est meri imperij, appellatur iurisdictione. Similiter in l. si in aliam 7. §. fin. cum ll. seq.  $\text{\textcircled{r}}$ . off. proconsul. traditur, proconsulem habere plenissimam iurisdictionem, ex quo inferitur in l. seq. eum habere merum imperium. Ergo videtur iurisdictione concessa etiam merum imperium concedi. Resp. Tunc demum iurisdictione continet sub se merum imperium, quando in generali & lata significatione accipitur. Quod tunc accidit, cum ex adiunctis verbis liquet, Principem de iurisdictione in genere concedenda cogitasse, puta si plenissimam vel omnimodam iurisdictionem concesserit. Longoual. ad l. 3.  $\text{\textcircled{r}}$  de iurisdictione. parte 4.

Secundò aduersatur, quòd traditur in l. beneficium  $\text{\textcircled{r}}$  de const. prin. quòd beneficia Principum plenissimè sunt interpretanda. Ergo & concessa iurisdictione à Principe merum imperium tributum censetur, quia in lata & ampla significatione iurisdictionis merum imperium continetur. Resp. Quòd dicitur beneficia Principum latissimè interpretanda esse, hoc verum est, modò à iure arctior interpretatio per aliam legem non approbetur, quòd fit in definitione huius articuli, per d. l. 1. §. vlt. vbi dicitur, concessa & translata iurisdictione non censeri merum imperium transferri. Longoual. d. loco.

Communiter tamen in hac quæstione seruatur distinctio Felini tradita in c. quoad sedem. ex. de off. ordin. quam communem testatur Cagnol. in l. imperium. num. 93.  $\text{\textcircled{r}}$  de iurisd. Aut Princeps donat vel concedit castrum, cui cohæret merum imperium cum iurisdictione, & tunc quoque merum imperium translatum censetur. Aut Princeps simpliciter alicui concedit iurisdictionem: quo casu non tribuitur merum imperium, sed simplex seu specialis iurisdictione, quæ in causarum ciuiliu cognitione versatur. Couarru. in d. c. quoad sedem. num. 10.

ASSERTIO

## ASSERTIO XVIII.

*Mixtum imperium delegari potest, & mandata iurisdictione transfertur.*

**C**ONTROVERTITVR acriter à DD. an ea quæ mixti imperij sunt, delegari possint? Et licet communiter DD. concludant non posse delegari, probabilior tamen & verior apparet contraria sententia. Probat hęc conclusio in l. 4. §. vt possessio.  $\text{\textcircled{r}}$  de off. eius cui, &c. vbi dicitur, quòd mandari potest, vt possessio honorum detur, vel si cui damni infecti non caueatur, vt is possidere iubeatur. Quæ omnia mixti imperij esse probat l. ea quæ.  $\text{\textcircled{r}}$  ad Munic. & l. iubere.  $\text{\textcircled{r}}$  de iurisd. Quòd autem ex communi opinione DD. in d. §. vt possessio. traditur cognitionem tantum mandari posse, non autem pronuntiandi ius, & lege & ratione caret. vt notat Corraf. ad d. §. vt possessio.

Secundò, mandata iurisdictione priuato, etiam imperium quòd merum non est, transfertur. l. fin.  $\text{\textcircled{r}}$  de off. eius cui, &c. atqui imperium non merum, omnimodò mixtum sit, necesse est, cum imperium solum diuidatur, in merum & mixtum. Tertio à Pratore & quolibet ferè magistratu iudicis datio alteri mandari potest: ius autem delegandi causas, seu iudices dandi, mixti est imperij. l. cum prator, ibi, propter vim imperij.  $\text{\textcircled{r}}$  de iudic. Probant hanc sententiam Longoual. Goueanus & Cuiacius, alijsque recentiores ad l. 3.  $\text{\textcircled{r}}$  de iurisd. Baro, Coraf. & Costar. in d. l. 1. de off. eius cui, &c. Alcia. lib. 2. Parodox. c. 1.

Malè interpretes communiter sententiam suam confirmant ex l. nec quicquam. §. vbi decretum.  $\text{\textcircled{r}}$  de off. proconsul. Vbi dicitur, quoties decretum necessarium est, per libellum id proconsul expedire non potest. Quo loco libellum accipiunt pro delegatione, quasi causæ mixti imperij, quæ nobili iudicis officio, & decretis interpositis expediuntur, non possint delegari: sed nullo iuris testimonio confirmari potest, libellum accipi pro delegatione. Verus itaque & planus eius legis sensus est, quòd vbi decretum



decretum necessarium est, non satis est, quod proconsul subscribat Libello seu scedæ supplici, sed debet solenniter de negotio inquirere, & cum plena causæ cognitione interponere decretum. l. vlt. C. Commi. epist. subscr.

Postremò obijcitur l. Vbicunque. ꝛ de R. I. vbi dicitur, quod vbicunque causæ cognitio desideratur, Prætor interuenire debet. Ex qua l. colligunt interpretes, in causis magni momenti, quæ magis imperio quàm iurisdictione expediuntur, quæ ad mixtum imperium pertinent, Prætoris præsentiam requiri, ideoque tales causas non posse delegari. Resp. quod causæ mixti imperij pertineant ad Prætoris, Consulis, & aliorum maiorum magistratum cognitionem: minores enim magistratus, qui sunt sine potestate & imperio, vt sunt magistratus municipales, non habent mixtum imperium. l. nec magistratibus 32. ꝛ de in. i. l. ea quæ ꝛ. Ad Munic. Inde tamen non sequitur, causas mixti imperij non posse delegari, quia is cui Prætor vel alius magistratus mandat iurisdictionem, fungitur vice eius qui mandauit, & locum Prætoris obtinet. l. solet. 16. ꝛ. de iurisd.

## ASSERTIO XIX.

*Tutoris datio, neque imperij neque iurisdictionis est.*

**D**ISPVTATUR inter interpretes vehementer, an tutores dare sit mixti imperij. Alij id quidem mixti imperij esse contendunt. arg. l. 1. ꝛ de iurisd. vbi Bart. & communiter DD. Commune placitum esse, affirmat Minf. ad § sed hoc iure. Inst. de Attil. tuto. Sed verius est, quod ait Vlpia. in l. muto. §. tutoris. ꝛ de tutel. neque imperij esse, neque iurisdictionis, sed eius, cui lex, SC<sup>um</sup>, vel Princeps nominatim dedit. Itaque tutoris datio est legis, & datur legibus specialiter, hoc est, illis tantum competit, quibus specialiter dedit lex, SC<sup>um</sup>, vel Princeps. Sic lex Attilia prætori, Lex Titia præsidibus tribuit ius dandi tutores. §. 1. Inst. de Attil. tut. Sic legati Proconsulis ex oratione D. Marci tutorem dare possunt. l. 1. ꝛ de tut. & cur. dat. ab his. Tutoris ergo datio est legis, non imperij vel iurisdictionis potestate

potestate continetur. Prætor enim dat tutorem, non quia est Prætor, sed quia nominatim hoc ei dedit lex Attilia. Et ideo si Prætor iurisdictionem suam Titio mander (vt potest) in Titium non transit ius dandi tutoris, quoniam mandata sunt Titio, ea quæ sunt iurisdictionis, non ea quæ sunt legis, quæ non possunt mandari. l. 1. ꝛ de off. eius cui, &c. Itaque tutoris datio non potest delegari, quia quæ lege, SC<sup>o</sup>. vel Principum placitis nominatim dantur, demandari non possunt. d. l. 1.

Postremò aduersatur §. sed hoc iure. Inst. de Attil. tuto. vbi dicitur, quod magistratus municipales iussu Præsidentum tutorem dent: quo innuitur iurisdictionis esse hanc potestatem, non legis, quia delegari potest. Sed hoc ita interpretandum est, quod magistratibus municipalibus data sit potestas tutorem dandi legibus, non ex delegatione Præsidentis. l. 3. de tut. & cur. dat. ab his. Iure suo proprio, & à lege habet hanc potestatem magistratus municipalis. sed eius officium in dandis tutoribus, iui. i. & monitione: Præsidentis excitatur: iussus enim ibi non pro delegatione, sed excitatione & monitione accipitur. l. 1. §. magistratibus. ꝛ de magist. com. l. Lucius 46. §. cum testamento. ꝛ de adm. tuto. Cuius lib. Obs. 15. c. 19. Baro ad d. §. sed hoc iure.

## ASSERTIO XX.

*In priuatis negocijs filius patrem, & pater filium iudicem habere potest.*

**I**N hanc sententiam respondit Africanus, in l. in priuatis. ꝛ de iudic. Quæ sententia confirmatur hoc argumento, quod iudicandi munus publicum sit, & publica munera inuitis deferuntur, nisi legitimam habeant excusationem. l. pen. ꝛ de vac. mun. l. si longius. ꝛ de iudic. Itaque si pater filio, vel filius patri iudex detur, iudicis officio fungi tenetur, quia in his, quæ ad ius publicum spectant, patria potestas non attenditur. l. filiusfa. ꝛ De his qui sunt sui iu. l. nam quod. ꝛ Ad SC. Treb.

Obstat plurimum huic assertioni l. 10. ꝛ de iurisd. vbi Vlpian. scribit, Qui iurisdictioni præest, neque sibi, neque liberis suis ius dicere debet, quæ antinomia variè ab interpretibus soluitur.



Cuiacius in tract. ad Africa. hæc ita conciliat, quòd Africanus in d. l. in priuatis, ius spectauerit, videlicet filium patrem iudicem habere posse. At Vlpia. in d. l. 10. honestatem respexit, quòd non cogendus sit pater in causa filij ius dicere: respondit enim Vlpia. quòd magistratus non debet ius dicere liberis suis, in altera lege dicitur, pater filium iudicem habere potest. Hæc non sunt contraria: verbo enim debet honestas & officium, sed verbo potest ius significatur: potest enim pater iudex esse in causa filij, sed non debet: rectius nanque & honestius fecerit, si iudicandi munere abstineat.

Doctorum tamen communem solutionem sustineri posse arbitror, qui volunt d. l. 10. procedere in ordinario iudice, ita quòd pater non possit esse Ordinarius iudex in causa filij, idè quòd Ordinarius, si fortè suspectus sit, recusari non possit, sed alius ei collega adiungitur. Auth. si verò. C. de iudic. At aliud est in iudice delegato, istio casu pater filium iudicem habere potest. Cuius hæc est ratio, quòd iudex delegatus potest recusari. l. apertissimi. C. de iudic. idè què imputer sibi aduersarius cum filio litigans, quòd nõ recusauit patrem iudicem datum in causa filij. Sic hæc conciliant gl. Bart. Castr. & Zaz. in d. l. 10.

## ASSERTIO XXI.

*Delegatus iudex iudicis dandi potestatem non habet.*

**D**ELEGATUS iudex subdelegare non potest. tex. est expref. in l. à iudice. C. de iudic. Ratio decidendi est, quia nihil proprij delegatus habet, sed vice & munere delegantis fungitur: ergo quod ipse non habet, alteri dare non potest. l. nemo plus iuris. ñ de R. I. Comparantur enim delegati iudices vsuarijs, vsus autem alicui concessus, personam non egreditur. Inst. de vsu & hab. Sic delegatus censetur saltem habere vsu personale iurisdictionis sibi concessæ. Sichar. & Zaz. ad d. l. à iudice. Hæc decisio adèdè vera est, vt nec si delegatus propter repentinam absentiam, aut aliò impedimento iudicare prohibeatur, alium possit subdelegare. Bart. in l. legatus 12. in fin. ñ de off. procon.

procon. per tex. in l. cum prætor. vers. si post causam ñ de vac. mun. & No. Vt defuncti seu funera. §. porrò illud.

Obijcitur l. legatus 12. ñ de off. procon. & l. cum prætor. §. 1. ñ de iudic. Vbi dicitur, quòd legatus Proconsulis iudicem dare, hoc est, subdelegare potest, quæ lex 12. affirmatiuè legenda est, sicut legitur in Pand. Florent. contra vulgarium Codicum lectionem, vt probant d. l. cum Prætor. §. 1. & l. sæpè audiui. ñ de off. præf. Ita notant Budæ. Vacca & Coraf. ad d. l. 12. Resp. legatus proconsulis iudex datus non est, sed mandatam habet iurisdictionem. l. obseruare. §. si. ñ de off. procon. Ille autem cui mandata est iurisdictione, differt euidenter à iudice delegato. Nam cui mandatur iurisdictione, illi generaliter vniuersarum causarum cognitio, seu vniuersitas causarum territorij mandatur, cum aliquo magistratus seu officij titulo, vt in legato Proconsulis obtinet. Iudex autem delegatus specialiter ad certas causas constituitur, qui & pedaneus iudex appellatur. d. l. sæpè. cum l. seq. l. 3. Ne quis cum qui in ius voc. Idè autem iudex delegatus alium iudicem dare non potest, quia est eius qui dedit, minister, & iurisdictionem nõ habet, c. fin. de off. iud. de leg. E contra qui mandatam suscepit iurisdictione, potestatem habet alium dandi iudicem, quia ipse iurisdictione fungitur, licet alieno beneficio. l. 1. §. 1. ñ de off. eius cui, &c. Iurisdictione enim est iudicis dandi licentia. l. 3. ñ de iurisd.

## ASSERTIO XXII.

*Ordinarius iudex ius dicenda mulctæ habet, non verò delegatus.*

**O**RDINARIJ Iudices, siue magistratus, qui iurisdictionem habent, vt Prætor, Consul, præfectus vrbis, item quibus mandata est iurisdictione, mulctam tantum dicere possunt. l. 2. §. vlt. ñ de iudi. l. 2. §. 1. ñ. Si qu. in ius voc. &c. Pedanei iudices nullam mulctam dicere possunt, quia nullam iurisdictionem habent, sed tantum notionem. l. ait Prætor 5. ñ de re iud. l. aliud est fraus 131. §. vlt. de V. S. Mulctæ dictio iurisdictionis



dictionis est, & mulctam is tantum dicere potest, qui iurisdictionem habet.

Aduersatur primò huic doctrinæ l. 2. C. de mo. mul. vbi dicitur, procuratorem Cæsaris, qui tamen habet iurisdictionem, mulctam dicere non posse. Resp. In d. l. 2. §. vlt. de iudic. traditur, eos tantum habere ius dicendæ mulctæ, quibus publicè iudicium est, id est, qui publicè iudices sunt, seu qui inter omnes iudicium & iurisdictionem habent. Atqui procurator Cæsaris non est publicè iudex, quia non habet iurisdictionem nisi inter certas personas tantum, id est, inter fiscum & priuatos. Ergo ius dicendæ mulctæ non habet.

Secundò opponitur l. 5. C. de defen. ciu. vbi traditur, quòd defensores ciuitatis ius dicendæ mulctæ non habent. Resp. Defensores ciuitatis non erant publicè iudices, sed inter plebeios & humiles cognoscebant non in infinitum, sed ad certam modicam summam tantum, puta vsque ad 50. solidos, ideoque ius dicendæ mulctæ non habebant. l. 1. C. de def. ciuit.

Tertiò repugnat l. vlt. C. de sportul. Vbi dicitur, pedaneis & datis iudicibus permissum esse mulctam dicere. Resp. Additur in d. l. 2. §. vlt. iudicibus delegatis, quibus non est publicè iudicium seu iurisdictione, non competere ius mulctandi, nisi hoc specialiter eis permissum sit. Itaque in d. l. vlt. C. de sportul. specialiter permisit Iustinia. iudicibus delegatis, vt possint mulctare non litigatores, sed executores litium, qui in executionibus litium & sententiarum negligenter versantur.

Postremò obstat l. non ex omnibus 39. §. 1. ꝛ de rec. arb. vbi scribitur, arbitrum posse mulctare litigatorem contumacem, qui iurisdictionem non habet. Resp. Illud tunc procedit, vbi hoc nominatim à partibus in compromisso ei concessum est, cum non aliud quicquam vel minimum arbiter statuere possit, quam quod formula compromissi ei sit permissum. l. non distinguemus 32. §. de officio. ꝛ de rec. arb. Corraf. ad l. illicitas. §. vlt. ꝛ de off. præf.

ASSERTIO

## ASSERTIO XXIII.

*Extra territorium suum ius dicenti impune non paretur.*

**S**i magistratus extra territorium, vel supra iurisdictionem suam ius dicat, nihil agit. l. vlt. ꝛ de iurisd. Quod adeo verum est, vt si magistratus maiorem iurisdictione sua summam in sententia comprehenderit, omninò inutilis sit sententia, etiam quoad eam summam, in qua illi aliàs competisset iurisdictione. Iudicium enim & sententia pro parte valere, & pro parte non valere non potest. l. in hoc iudicio 27. ꝛ Fa. ercif.

Aduersatur vehementer l. 5. ꝛ de iudic. Vbi deciditur, etiam si quis vocetur ad prætorem, ex aliena iurisdictione, debet venire, quia prætoris est aestimare an sua sit iurisdictione. Communiter à DD. hæc contrarietas tali distinctione conciliatur. Aut certum est, in ius vocatum non esse de iurisdictione vocantis, vt puta si magistratus aliquem vocet in ius, qui extra prouinciam & territorium suum degit, & tunc vocatus impune non parebit. d. l. vlt. Similiter si vocetur parens vel patronus in ius sine venia prætoris, & cum venire nollet, ducatur inuitus, tunc actione in factum, pro iniuria illata aget contra vocantem ad poenam 50. aureorum. l. pen. ꝛ de in ius voc. Aut incertum est, an vocatus sit de iurisdictione vocantis, & tunc citatus comparere tenetur. l. 2. ꝛ si quis in ius voc. d. l. 5. Sic legati principum, vel ciuitatis, qui priuilegium habent reuocandi domum, tamen vocati in iudicium tenentur venire, & allegare sua priuilegia. d. l. 5. præsertim si dubitetur de priuilegio. l. 2. §. sed si dubitetur ꝛ de iudic.

## ASSERTIO XXIV.

*Pactò quo conuenit, vt incompetens iudex adiretur, antequam aditus sit, renuntiare potest.*

**N**ULLA est iurisdictione iudicis in eos, qui non sunt suo imperio subiecti, nisi inter consentientes. l. 1. ꝛ de iudic. Possunt tamen illi, qui in iudicem incompetentem consenserunt, antequam eum adeant poenitere, & ab ea conuen-

D 3

tione



tione recedere, l. si conuenerit, 18.  $\text{¶}$  de iurisd. postquam verò eum adierunt, amplius suam voluntatem mutare nō possunt. Incompetens iudex ex consensu & aditione partiū fit competens.

Verūm d. l. 18. grauius obstat l. pen. C. de pactis, vbi dicitur, quòd qui semel in pacto, vel contractu aliquo renunciauit priuilegio fori sui, & ita consensit in iudicem incompetentem, is omnino cogitur huic conventioni stare, & amplius voluntatem suam mutare nequit. Goueanus ita respondet, quòd quando quis non aliter cum aliquo voluit contrahere, nisi specialiter renunciaret priuilegio fori sui, in hoc casu id esse à Iustin. constitutum, in d. l. pen. vt tunc non liceat forum declinare, & à conventionem recedere. Verūm ex communi D D. distinctione ita videtur rectius respondendum. Aut quis consensit in iudicem planè non suum, & hic non tenetur huic pacto stare, quandiu iudex non est aditus: Ita est intelligenda d. l. 18. vt ibi notant gl. & Bart. Aut consensit quis in iudicem suum, quem tamen poterat propter priuilegium aliquod declinare, & hic tenetur huic conventioni stare, nec licet ei etiam ante aditum iudicem poenitere. Exempli gratia, Præses, itē Episcopus sunt ordinarij iudices studiosorum, sed tamen studiosi habent priuilegium declinandi eorū iurisdictionem, & ius petendi, vt coram Rectore Academię conueniantur. si nunc conuenit inter studiosos, vt non coram Rectore, sed coram Præfide seu Episcopo litigent, qui etiam illorum sunt legitimi iudices, non possunt ab hac conventionem recedere, quamuis alioqui poterant ex priuilegio studiosis concessio, eorum forum declinare. d. l. pen. Auth. habita. C. ne fil. pro pa. Duare. ad tit. de iurisd. c. 6. Illud diligenter notandum, quòd licet litigantes, qui promiserunt, se apud iudicem incompetentem iudicium suscepturos, possint reuocare promissionem, antequam incompetentens iudex sit aditus: diuersum tamen est, si debitores promiserint se soluturos, quocumque loco inuenientur, tunc enim tenentur soluere, vbi cunq; fuerint inuenti, nec est locus poenitentia. textus sunt notabiles in l. Lucius 24.  $\text{¶}$  de pos. l. Titium, 47.  $\text{¶}$  de adm. tut. Costa. ad. d. l. si conuenerit.

## ASSERTIO XXV.

*Idonea cautio fit, tam per pignora quàm fideiussores.*

**C**AUTIO duplex est, nuda & simplex. Item Idonea & sufficiens. Simplex est quæ nuda fit repromissione. l. fancimus C. de ver. sig. Idonea vel sufficiens cautio est, in qua pignus vel fideiussor datur, l. si mandato.  $\text{¶}$  vlt.  $\text{¶}$  Manda. l. 4.  $\text{¶}$  ad dicit  $\text{¶}$  de fid. lib. Quoties cautio idonea exigitur, regulariter ei qui cauere debet, alterutrius optio datur. l. promissor. 21.  $\text{¶}$  de const. pec. vbi dicitur, quòd qui promisit se satisfaturum, fideiussores vel pignora dando liberatur.

Obijcitur l. prætoria. 7.  $\text{¶}$  de præt. stip. vbi quis non liberatur dando pignus, sed dato fideiussore. Resp. Id vitium positū esse in natura prætoriae stipulationis, quæ apud prætorem in iure pro tribunali interponitur, eo nō adfertur arca cū argento, sed eo adducuntur fideiussores. Cautiones igitur, quæ fiunt in iudicio, solennes esse debet, & cum fideiussoribus, l. 1. & ibi gl. C. de procu. Accedit & hæc ratio, quòd prætoriae cautiones formam & legem à prætore accipiunt, cui nihil addere vel detrudere licet. l. in conuentionalibus 52. de V. O. Sic satisfatio iudicio sisti fideiussoris dationem requirit. l. 1. & l. quoties.  $\text{¶}$  Qui satisf. cog.

In contractibus autem pignoribus cauere sufficienter potest, itaque qui cōuenit fideiussorem dare in aliquo cōtractu, dando pignora liberatur, cum plenissima sit cautio pignoratitia: quippe cum expediat, & longè tutius fit rei incumbere, quàm in personam agere, l. plus cautionis. vbi Decius de R. I.  $\text{¶}$  fur. Inst. de ob. ex delict. Plus enim cautionis est in pignore, quàm in fideiussore: quoniam minus est habere actionem, quàm rem: Qui habet pignus paratū habet rei familiaris subsidiū, vel eo pignori dando, l. 1. C. si pig. pig. dat. vel post denuntiationem id vendendo. At in fideiussore persequendo, & iudicij exitus incertus est, & inanis interdum actio, si fideiussor labatur facultatibus, si creditū abiuret, item molestia magna, & expensæ litigandi subeundæ sunt actori. l. quod debetur 51.  $\text{¶}$  de pecu. In contractibus itaque non minus



minus pignoribus, quam fideiussoribus caueri potest. l. 4. C. Quæ res pig. Wefem. in parat. Qui satis. cog.

## ASSERTIO XXVI.

*In conuentione iudicio sistendi causa, generalis renuntiatio casuum fortuitorum non valet.*

**V**ERIOR hæc est sententia, quòd in iudicialibus seu prætorijs stipulationibus, generalis renuntiatio casuum fortuitorum non valeat. hoc modo: Promitto quòd me, vel alium iudicio sistam, nullo obstante casu fortuito: sed ita demum valet generalis renuntiatio, si specialiter exprimantur quidam casus fortuiti, quia tunc valebit in similibus casibus, & minoribus expressis. l. 4. §. quæsitum ꝛ si quis caut. l. fluminum 24. §. Cassius ꝛ de dam. inf. In contractibus autem, generalis casuum fortuitorum renuntiatio, nullo eorum specialiter expresso, eiusdem momenti ponderisque est, cuius specialis casuum sigillatim expressorum renuntiatio, vt puta si quis dicat, recipio in me, seu obligo me ad periculum casuum fortuitorum. l. que fortuitis. C. de pig. act. l. 1. C. commod. Bart. & DD. in d. §. quæsitum. Zoarez in thesaur. recep. sent. opin. 27. litera C. Ratio decidendi est, quòd euenire possunt casus fortuiti, de quibus nunquam cogitatum est. Altera ratio est, quòd tanta sit horum casuum fortuitorum æquitas, vt non videatur generalibus verbis renuntiatum, sicut in generali obligatione bonorum receptum est, vt non veniant ea quæ quis verisimiliter non fuisset obligaturus. l. obligatione ꝛ de pignor.

Obijcitur, quòd tantum valeat renuntiatio casuum fortuitorum generaliter facta, quantum si specialiter casus fortuiti exprimantur, quia idem operatur genus, quod enumeratio omnium specierum: per regulam iuris, quæ habet, quòd expresso genere, censentur singulæ species expressæ. l. si chorus 79. in verb. perinde est quasi singuli. de leg. 3. Resp. Non obtinet hæc regula in iudicijs, vt scilicet generalis cautio, qua quis promittit, se nulla exceptione casuum fortuitorum vsurū, valeat. Ratio est quia fieri potest

potest, quòd quidam casus fortuiti eueniant de quibus non est cogitatum à litigantibus. Altera ratio est, quòd speciale est in iudicialibus, & prætorijs stipulationibus, vt mitius agatur in ijs, quia dijudicantur ex mente prætoris, qui noluit sub inuolucro & generalitate verborū quem decipi. l. in conuentionalibus 52. de V. O. Pinel. ad 1. par. l. 2. de resc. vend. c. 3. num. 26.

## ASSERTIO XXVII.

*Sententia diebus feriatis lata, valet consensu litigatorum.*

**I**VDICIUM habitum, & sententia lata diebus feriatis, Ita demū valet si vel partes expressè renuncient ferijs, vel tacitè, puta si partes præsentès sponte litigent. Probatur expressè hæc sententia in l. 1. §. 1. & l. 6. ꝛ de fer. Ratio est, quia litigatores ferijs in fauorem suum introductis renunciare possunt. In quo tamè articulo ita distinguendum: Aut feriæ sunt in fauorem hominum introductæ, puta messis & vindemiarum, & hisce partes possunt renunciare, & valebit iudicium & sententia eo tempore lata. d. l. 1. & l. 6. Aut feriæ reuerentiæ & cultui Dei destinatæ sunt, & ijs minimè renunciari potest, neque actus iudiciarij eo tempore initi valebunt, etiam partibus volentibus. l. omnes 7. in verb. sacros quoque. C. de fer. Ita notat Costal. in d. l. 1.

Sed huic sententiæ vehementer obstat l. si feriatis 36. ꝛ de arbit. vbi dicitur, quòd sententia arbitri ex coactione Prætoris die feriato lata, valeat, & quòd cogantur litigatores huic sententiæ stare. Resp. Quòd illa l. accipienda est vel de eo casu, quo dies compromissi erat exitura; tunc enim cogitur arbiter etiam feriatis diebus sententiam ferre, l. Pomponius 13. §. fin. ꝛ de arbit. Vel quòd Prætor ibi arbitrum coëgit sententiam dicere, partibus ita volentibus. arg. d. l. 1. gl. in d. l. si feriatis.



## ASSERTIO XXVIII.

*Actor emendare & declarare libellum ad sententiam vsque, mutare verò & substantiam eius corrigere duntaxat, vsque ad Litem contestatam potest.*

**P**ROBATVR hæc decisio per l. non potest.  $\bar{n}$ . de iudic. vbi dicitur, Non potest videri in iudiciũ venisse id, quod post litem contestatam accidit, ideoque alia interpellatione opus est. Vnde sequitur, quod post litem contestatam non possit mutari libellus, sed nouo iudicio sit agendum. Secundò confirmatur hæc conclusio per l. edita. C. de eden. vbi dicitur, libellum posse emendari vel mutari, prout edicti perpetui monet auctoritas. Quod edictum accipi debet de ista decisione, vt liceat actori tantum prædicto modo libellum emendare & mutare, ita vt sententia edicti contineatur in d. l. non potest, vt volunt communiter DD. teste Zazio ad §. si minus. Inst. de action.

In contrarium adfertur l. 4. §. si detracta.  $\bar{n}$ . de nox. act. vbi admittitur mutatio libelli vsque ad sententiam, quia ibi actor qui egerat noxali actione contra dominum, tanquam scientem, postea mutat actionem, & agit contra dominũ, quasi ignorante eo damnum datum sit. Resp. Qualitas aduentitia libelli vsque ad sententiam mutari potest, quia per hoc non mutatur actio, neque factum principale, scilicet facinus serui. Zaz. in d. §. si minus. num. 6. Non potest itaque quis mutare actionem in eodem iudicio, post litem contestatam. l. prætor. §. hæc autem actio.  $\bar{n}$ . Vi bo. rap. sed potest hoc quis impetrare, vt ex eadem formula actionis durior sequatur condemnatio.

Secundò obstat Auth. qui semel. C. Quom. & quan. iud. Vbi dicitur, qui semel libellum obtulit, cogitur in eo vsque ad finem litis persistere, ergo nulla omnino permessa est mutatio. Resp. Ista Auth. tantum de actoribus, qui causas differunt, seu subterfugiunt & protrahunt iudiciũ, disponit, & libelli mutationem non prohibet, sed statuit, vt qui semel proposuit actionem, si postea desistat & deserat iudiciũ, neque causam inchoatam profequatur, ab omni cadat actione, ne lites fiant immortales.

Vltimò

Vltimò obstat §. si minus. Inst. de act. vbi dicitur, quod minus debito petens possit eodem iudicio errorem corrigere, & quod reliquum est, petere. Resp. Quod ibi simpliciter & generaliter traditur, hoc ex alijs legibus est supplendum, & distinguendum: vt eatenus liceat libellum addendo detrahendo vel mutando reformare, quatenus hoc edictum Prætoris permittit, nimirum vsque ad litem contestationem. Sæpè enim quod in vna lege generaliter & indefinitè statuitur, ex alia distinctionem & temperamentum recipit. Summa est hæc, quod libellus declarari ad sententiam vsque, imò & qualitas extrinseca libelli eò vsque emendari possit, mutari verò & substantia eius corrigi tantum vsque ad litem contestatam potest. d. §. si detracta. l. si quo 41.  $\bar{n}$ . de pet. her. Wes. in parat. num. 8. de eden. vbi hanc communem esse Doctorum conclusionem tradit.

## ASSERTIO XXIX.

*Fides hosti data seruanda est.*

**Q**VIA inter hostes est Iuris gentium communio. l. vlt.  $\bar{n}$ . de legat. sequitur, quod obligationũ & conventionum inter eos quoque sit communio. Vnde pacta tam inter duces belli, quam inter priuatos milites & hostes inita, firmiter seruari debent. l. 5.  $\bar{n}$ . de pact. Bart. autem & eum secuti DD. existimant, fidem hosti datam non esse seruandam, si à priuato milite sit promissio facta: sed quæ à duce belli promissa sunt, citra cõtrouersiam seruari debent, d. l. 5. Quæ distinctio rectè à Duarenno, Hotomanno & Couarruuia reprehenditur. Nam & priuatus priuato datam in bello fidem seruare tenetur. Vnde si miles captiuus hosti pro redemptione corporis sui λύτρον promissit, illud omninò exsoluere debet, oritur enim ex illa obligatione actio efficax in personam promittentis. l. nam & Seruius 21.  $\bar{n}$ . de neg. gest.

Contra hanc sententiam adfertur primò argumentum ex l. 1.  $\bar{n}$ . de dol. mal. Vbi dicitur, dolum esse bonum, si quis aduersus hostem vel latronem machinetur. Resp. Hoc pertinet ad infi-

E 2

dias



dijs & stratagemata, quibus ante fidem datam aduersus hostes uti, non minus quam aperta vi permissum est, nihil enim penè hic dolus à virtute distat. Quò pertinet illud Virgilij, Dolus, an virtus, quis in hoste requirit? Quod ergo dicitur, dolum bonum esse, qui contra hostes committitur, intelligendum est, quando non præcessit data fides. Dolo contra hostes, non perfidia uti licet: fidem enim hosti semel datam amplius violare non permittitur. Hotom. in illust. quæst. q. 7.

Secundò obijcitur l. nihil. 26. §. de capt. & postl. reu. vbi dicitur, nihil interesse, quomodo captiuus reuersus sit, vtrum dimissus, an vi vel fallacia hostium potestatem euaserit. Resp. Id tantum intelligendum est, cum de iure postliminij quæritur. Quo casu licet id tantum considerandum sit, an ab hostibus aliquis redierit, animumque habeat reuertendi, non ideo tamen minus fidem hosti datam liberare tenetur.

Tertium argumentum depromitur ex l. 1. §. Quod met. caus. vbi ait Prætor, Quod vi metusve causa gestum erit, ratum non habeo: sed pacta cum hostibus inita, vi extorta videntur: ergo non sunt seruanda. Resp. Duar. ad l. 1. §. de pact. quòd edictum illud prætoris ad metum, qui iure licito alicui infertur, non pertinet, qualis est, qui iusto bello infertur. Cum ergo in bello quod iuste & legitime geritur, aliquid hostes inter se temporibus adducti promiserint, debet hoc inuiolabiliter seruari.

Quartò aduersatur l. 1. & 2. C. Quan. lic. vnicuiq. sine iud. se vind. & l. 2. 3. & 4. C. Ad l. Corn. de sic. vbi licet vnicuiq. latronem & transfugam propria auctoritate occidere. Resp. Legum & iuris permissione concessum est latronem & transfugam occidere, vbi quis aliter vim illatam propulsare, & aggressorem repellere non potest. Vim enim vi repellere omnes leges omniaque iura permittunt. Verùm post ereptam sibi hanc libertatem, hoc est, postquam quis hosti fidem dedit, hæc facultas eum interficiendi ei adimitur.

Sic ergo in hac quæstione concludendum: Aut hostis promisit aliquid hosti contra ius militare & publicum, & hoc non est seruandum. Aut promisit pertinens aliquid ad rem priuatam, & hoc seruare tenetur, l. 7. §. si paciscar. §. de pact. Decius in l.

in l. ea est natura. de R. I. Fortun. Garfias ad l. 5. §. de pact. Duaren. d. loco.

## ASSERTIO XXX.

*Pacta de succedendo vel non succedendo super hereditate viuentis, iure ciuili non valent.*

**I**NVILIS est stipulatio, si quis stipuletur de futura successione: nam contra ius publicum & bonos mores est hoc pactum, eo quòd inducat votum captandæ mortis. l. stipulatio 61. de V. O. l. 4. C. de inut. stip. l. cum donationis. C. de transf. Imò ne quidem conuentio inter duos facta de mutua successione valet, vt si conuenerit, vt qui superuixerit, alterius bona habeat. Excipiuntur commilitones, qui possunt se inuicem heredes pacto efficere. l. licet. C. de pact. Duo etiam, qui sperant se alteri successuros, possunt eo viuente de diuisione hereditatis pacisci: quod pactum valet, si is de cuius hereditate agitur, consenserit diuisioni, & in ea sententia vsque ad extremum vitæ spiritum perseverauerit. l. vlt. C. de pact.

Opponitur l. 3. §. de illo. §. Pro soc. vbi duo coierunt societatem de hereditate futura communicanda, hæc conuentio valet. Sed ibi agitur de hereditate incerti hominis, Si qua forte hereditas ad me peruenerit, communis erit. Hæc conuentio nihil vitij habet, cum certæ personæ nomen non adscribitur.

Secundò opponitur l. 7. §. pen. §. de pact. vbi viuo adhuc patre filius paciscitur de bonis patris. Resp. Filius ibi paciscitur cum creditoribus paternis, ad hoc tantum, vt se liberet & exoneret debitis paternis, puta vt creditores contenti sint certa tantum parte debiti paterni. Tale pactum valet ad liberationem filij. Si diminueret filius bona patris adhuc viuentis, vt si quid promitteret ex bonis patris viui, si quid donaret, nulla esset donatio. l. donari 29. §. vlt. §. de donat.

Tertio opponitur l. 2. §. illud. §. de her. vel act. vend. vbi traditur, quòd in venditione hereditatis testatoris, venit etiam hereditas impuberis, maximè si iam delata sit. Vnde colligitur, vendi etiam posse hereditatem impuberis, etiamsi nondum sit delata,



delata, hoc est, licet filius impubes adhuc uiuat. Resp. Particula, maximè, ibi ponitur pro utique, ut hic sit sensus: In venditione hereditatis testatoris, venit hereditas filij impuberis, si hoc actum sit, maximè, hoc est, utique si iam delata sit hereditas impuberis, hoc est, si iam mortuus fuerit filius impubes.

Nunc videndum de pacto de non succedendo. Non valet etiam pactum tale, ut non succedat is qui à lege vocatur, nam est contra ius publicum, ut si conueniat, ut filius sit contentus certis bonis, & non agat querela inofficiosi. l. si quando. §. illud. C. de inoff. test. l. fin. §. de su. & legit.

Verùm opponitur l. i. §. si parens. §. Si à paren. qu. manur. Sententia eius §. est: Pater manumissor habet contra tabulas filij bonorum possessionem, si præteritus sit: Verùm repellitur exceptione doli, si filius tantum in eum contulit, quantum satis est, puta si adepta legitima portione, pactus est cum eo filius, ne testamentum eius pater inquietet. Ergo videtur probata pactio legibus de non succedendo. Respondendum. In ea specie satisfactum est patri, quia legitimam portionem sibi debitam ex bonis filij accepit. Idemque seruatur de portione patroni. l. 3. §. sed etsi. de bo. liber. Pactum itaque de non succedendo, quo tantum ex cõuentione quis percipit, quantum ei ex successione debetur, valet, quoniam nihil fit cõtra bonos mores. l. cū quo 56. §. si. §. Ad l. Falc. Old. in libel. de except. tit. de except. con. pact. At in d. §. illud. pater dedit filio certas res, quæ non sufficiebant ad legitimam, itemque pater adiecit, ut ijs rebus esset contentus. d. l. si quando. §. & generaliter. Si dedisset pater quantum satis esset ad legitimam, rectè conuentum esset, ut abstineret reliquis bonis. Itaque filius qui accepta legitima debita iure naturæ, renunciat successioni paternæ, excluditur à successione patris. l. si non mortis 25. §. de inoff. test. non propter pactum, sed quia lex ita statuit, ut filius citra vllum pactum accepta legitima, remoueatur à querela inofficiosi. l. Papinianus. §. si quis mortis. §. de inoff. Donel. ad l. ult. C. de pact. Duaren. ad l. 61. de verb. obl. Cuiac. ad l. 26. ibid.

Secundò obijcitur l. i. l. cū proponas. C. de pact. l. de fideicommissio. C. de transf. Vbi dicitur quòd fideicommissum fratribus

tribus reciprocè iniunctum pacto remitti possit. Ergo transactio de non succedendo valet, & propter transactionem fideicommissum non petitur. Resp. In prædictis legibus agitur de fideicommissaria hereditate: atqui per fideicommissum succeditur testatori, non heredi, qui rogatur fideicommissum restituere. l. coheredi. §. cum filia. §. de vulg. Itaque quando spem fideicommissi ab herede relicti fideicommissarius pacto remittit, non de hereditate uiuentis, sed testatoris iam mortui paciscitur. Donel. ad l. i. C. de pact.

## ASSERTIO XXXI.

*Pactum bonæ fidei contractibus adiectum parit actionem, sed stricti iuris contractibus appositum, actionem non producit.*

**P**ROBATVR hæc decisio per l. in bonæ fidei C. de pact. vbi dicitur, quòd in bonæ fidei contractibus ex pacto incontinenti addito oritur actio: ergo excluduntur stricti iuris contractus: nam inclusio vnius est exclusio alterius. l. cū prætor §. de iud. Idem probat l. 7. §. quinimò §. de pact. vbi geminantur hæc verba, quòd bonæ fidei contractibus pacta adiuncta creent & informant actionem, quasi innuat secus esse in stricti iuris contractibus. Si enim indefinitè verum esset, pacta in omnibus contractibus actionem parere, generaliter tradita esset regula, non restricta ad bonæ fidei cõtractus. Tertio confirmatur hoc ex eo, quòd in stricti iuris contractibus extensioni non est locus. Quicquid enim ijs palam verbis non est expressum, pro omisso habetur. l. quicquid. de V. O. sed ut ex pacto stipulationi subiecto oriatur actio, hoc inducit extensionem stipulationis, ergo stricti iuris contractibus pacta adiecta, actionem nõ producant: Aliud est in bonæ fidei contractibus, qui ex tacita partium voluntate extensionem vel interpretationem recipiunt. Inst. de oblig. ex consen. Hanc opinionem sequuntur Curtius, Decius, & Porcius in l. petens. C. de pact.

Huic sententiæ primò refragatur l. lecta. §. de re. cred. vbi dicitur pacta incontinenti apposita inesse stipulationi, quod perinde est ac



est ac si dicas esse partē stipulationis, ideoque actionem pariunt. Resp. Pacta insunt cōtractibus stricti iuris ex parte rei, non actoris, & ita loquitur d.l.lecta. vbi pactum fuit interpositum favore & gratia rei, vt longius tempus haberet ad pecuniam reddendam, non verò in vtilitatem actoris. Hoc igitur dicit lex, quòd pactum incontinenti adiectum stipulationi, minuit actionem ipso iure, id est, reus ipso iure tutus est, nec est in eum actio, & ideo non opus est reo exceptione, l. 3. de resc. vend. quæ tunc solum necessaria est, cum actio iure ciuili tenet. Cuiac. lib. 10. Obs. cap. 24.

Secundò obijcitur l. petens. C. de pact. vbi pactum subditum stipulationi prodest ad actionem producendam. Resp. quòd ista interpretatio non est vera, quia non ex pacto ibi agitur, sed ex stipulatione, cum pactum non sit appositum reformandæ vel confirmandæ stipulationis gratia, sed stipulatio potius seruandi pacti causa secuta est. Non itaque d.l. petens, de pacto adiecto stipulationi, sed è contra de stipulatione pacto adiecta, qua pactum confirmatum est, loquitur.

## ASSERTIO XXXII.

*Pupillus absque auctoritate tutoris naturaliter obligatur.*

**A**NCEPS & controuersa est quæstio, An pupillus sine auctoritate tutoris naturaliter obligetur. Sunt leges, quæ affirmant, pupillum sine tutore obligari naturaliter. l. 1. de noua. l. si eius 64. de SC. Treb. l. si pupillus 21. Ad l. Falc. Sunt quæ negant pupillum obligari naturaliter. l. quod pupillus 41. de cond. indeb. l. pupillus 59. de obl. & act. Communiter à DD. ita distinguitur quòd si pupillus capax doli sit, & pubertati proximus, obligetur naturaliter; si non sit, non obligetur. Hanc distinctionem ab omnibus receptam esse, testatur Costal. in d.l. quòd pupillus. Sed non videtur probabilis: nam primùm nusquam in legibus, quibus de naturali obligatione pupilli agitur, hæc distinctio adhibetur. Deinde cum plus quàm manifestum sit, quòd in infante nullus intellectus existat, verisimile non est, I C<sup>os</sup> de tam plano & facili casu tot re-

tot responsa protulisse, cum leges debeant de casu dubio, non indubitato ferri. l. quod Labeo. de Carb. edic. Rectius itaq. & melius Baro, meo iudicio, tali distinctione hæc responsa mirabiliter pugnantiã conciliat, quòd pupillus qui intellectum habet, & cōsentire potest, obligetur iure naturali primæuo seu antiquo: ex quo introducta sunt religio, veritas, constantia, &c. sed non iure naturali secundario, seu iure gentium, ex quo contractus & commercia introducta sunt: ita vt ea obligatio pupillo damnosa esse nequeat: quia ius gentium noluit tam teneræ & inbecilli ætutulæ consensum in negotijs & commercijs detrimentum esse: ideoque ista obligatio, qua pupillus tenetur, repetitionem indebiti non impedit. Eleganter Baro in manual. de cōd. indeb. & Inst. de auct. tuto. Naturalia ergo debita dicuntur, si pupillus sine tutore promisit, vel mutuuum accepit, sed tamen pupillus iure gentium hæc debita soluere non tenetur; imò nec naturale hoc debitum tam efficax est, vt soluti repetitionem impediatur. l. interdum 29. de cond. ind.

Duo tamen naturalis obligationis pupilli sunt effectus. Primus est, quòd in hoc vtile est tale debitum, vt fideiussores qui pro pupilli obligatione interuenerunt, teneantur efficaciter. l. si pupillus 27. de V. O. l. vlt. de iureiur.

Secundò debitum naturale pupilli eò prodest, vt si pupillo succedat huiusmodi creditor naturalis, qui ei pecuniam sine tutoris auctoritate credidit, solidū debitum ex hereditate retineat & deducat, & nō tantum id, in quo pupillus locupletior factus est. l. Stichum. §. aditio. de sol. Ratio huius iuris est, quòd multa retineri possunt, quæ acquiri nequeant, ideoque facilius creditor retinet in hoc casu quod habet, quàm consequitur quod non habet. Ad extremum notandum, quòd si pupillus locupletior factus sit ex cōtractu, non solum naturaliter, sed etiam ciuilitè & efficaciter obligatur. Nam post rescriptum D. Pij (quo ad hoc opus erat, vt ex naturali obligatione daretur actio) obligatur ciuilitè: Ideoque vtili actione efficaciter conueniri potest, in quantum ex cōtractu locupletior factus est. l. 3. §. pupillum. de neg. ges. l. 5. de aut. tut. l. 3. Comm. Cuiac. ad d. l. si pupillus. glos. ad l. 1. de noua.



## ASSERTIO XXXIII.

*Minores sine curatoribus suis recte obligantur.*

**P**ROBATVR hæc propositio in l. puberes 101. §. de V. O. ubi dicitur, quod puberes sine curatoribus suis promittendo obligentur. Cuius legis hæc est sententia, quod puberes de persona sua promittere & obligari possunt, & ex personali obligatione, quam sine consensu & auctoritate curatoris, inierunt, adstringuntur, non attenda distinctione DD. an minor habeat curatorem, nec ne: quia minori etiam curatorem habenti, non opus est eius consensu in obligatione personæ. l. ult. §. 1. §. de V. O.

Porro hæc l. puberes, malè accipitur à DD. de puberibus, qui curatorem non habent, cum lex dicat, puberes sine curatoribus suis possunt obligari, verbum Suis indicat minores curatorem habere. Sic ergo statuendum est, quod in administratione & alienatione bonorum, opus est minoribus consensu & approbatione curatoris, quia minores xxv. annis rerum suarum non sunt idonei administratores, ideoque sine curatoribus bona sua non possunt alienare. l. 1. & 2. §. de min. sed personaliter se obligare possunt, & ex contractibus absque auctoritate curatorum initis tenentur: Ratio est, quod curator datur bonis, ideoque bona quæ eius officio sunt commissa, minor absque curatoris consensu alienare non potest: personæ verò quia curator non datur, neque in personam puberis curator vllum ius habet. l. in copulandis. C. de nupt. ideo respectu personæ minor contrahere & se obligare potest absque curatoris consensu. Vnde & absque auctoritate curatoris, minor velut sui iuris matrimonium contrahere potest. l. sciendum 20. §. de rit. nup. Wesem. ad tit. Inst. de aut. tut. & in Parat. cod.

Neque hæc sententia everti potest ex l. 3. C. de rest. in int. ex qua colligunt DD. contractum à minore, qui curatorem habet, sine eius auctoritate initum, esse ipso iure nullum, adeò quod restitutione in integrum opus non habeat, quia d. l. 3. de aliena-

tione

tionem cum, veluti de venditione iam perfecta impletaque, non de obligatione loquitur. Minor xxv. annis non potest res suas tam soli quam mobiles vendere sine auctoritate curatoris, quia curatori administratio bonorum eius commissa est d. l. 1. At quæ personam suam spectant, ea solus minor sine curatore suo exercet, vnde & de persona sua vtiliter sine curatore suo promittit, quia in personam eius ius & potestatem curator non habet. d. l. sciendum. Cuiac. lib. Obs. 19. c. 34.

## ASSERTIO XXXIV.

*Prodigo non ipso iure, sed magistratus decreto bonorum administratione interdicitur, & post interdictionem promittendo, ne quædam naturaliter obligatur.*

**Q**UESTIO est dubia inter DD. An prodigo ipso iure interdicitur administratione bonorum, vel an opus sit decreto & interdictione iudicis. Breuiter hæc est veritas, quod olim prodigis ipso iure, ex lege 12. tab. interdicebatur bonorum administratione, & in cura agnatorum esse iubebantur: sed hodie Prætor prodigo bonis interdicit, & curatores dat. l. 1. l. Iulianus. §. de cur. fur. Vigl. ad §. item prodigus. Inst. Qu. non est per. fa. test. Et eam esse communem DD. sententiam notant Villalobos in com. opin. litera p. Viuius lib. 2. com. opin. op. 240. Debet itaque prodigis primò bonis interdici per iudicem, neque ante interdictionem habetur prodigus. Ratio est, quia nemini absque causæ cognitione rerum suarum administratio auferenda est. l. 2. §. De his qui sunt sui iur. Quod adeò verum est, ut etiam si notoriè sit prodigus, tamen ante sententiam & interdictionem iudicis bonorum administratio ei non auferatur. Vigl. d. loco.

Nec obstat, quod notorium & manifestum æquiparantur iudicato. l. emptorem. §. de act. emp. quia multa similia facta sunt de quibus ius disponit, quæ ipso iure fieri & committi dicuntur, quæ tamen facti cognitionem, & iudicis declarationem requirunt. Wesem. ad §. furiosi. Inst. de curat. Sic iure cautum est, quod

F 2

licet



licet confessi habeantur pro iudicatis, tamen in criminalibus causis id non aliter obtinet, quam si per sententiam sint condemnati. Sic vasallus etsi cadat à feudo propter feloniam ipso iure, non tamen aliter priuatur feudi possessione, nisi præcedat sententia iudicis declaratoria. Zaz. in epit. feud. par. 10. nu. 72. & 73. Sic etiam notoria prodigalitas non efficit, vt cui bonorum suorum administratione sine sententia iudicis interdicitur. tex. est in c. veritas. ex. de dol. & contu. l. c. de p. m. b. n. l.

Vno tamen casu prodigo ipso iure interdicta est rei suæ administratio, videlicet si quis emat ab homine luxurioso, quem sciat scorto ilico pecuniam daturum, aut aliàs turpiter consumiturum: ea enim emtio non subsistit. l. si quis. §. Pro emp.

Secundò non obstat, quòd prodigus ipso iure desinat esse in cura, vbi sanos mores recepit, & aperte frugalis esse cœpit. l. 1. §. de cur. fur. quia facilius ad ea quæ sunt iuris communis & libertatis reditur, quam abitur, & res faciliè redit ad sui naturam.

Tertiò obijcitur, quòd furiosus & prodigus cõparantur. l. furiosi 40. §. de R. I. l. 1. §. de cur. fur. l. his qui. §. Diuus. §. de tut. & cur. dat. ab his. Sed furiosus ipso iure amittit administrationem bonorum, nec vllum negotium cõtrahere potest. l. in negotijs 5. §. de R. I. Ergo similiter & prodigus. Resp. Quoad quid, seu certo respectu comparantur furiosus & prodigus, quòd vterque sit in curatione, & bona eorum administrationi curatorum committantur. Verùm in hoc differunt, quòd furor sit vitium, quod magis extrinsecus appareat, & ex actibus externis faciliè possit dignosci. l. 4. §. de æd. edi. At prodigalitas vitium est magis in animo latens: vnde vt certò de eo constet, iudicis declaratione opus est. Sæpè enim qui vni prodigus censetur, alteri splendidus & liberalis habetur.

Contra posteriorem partem thesis obijcitur l. Marcellus. §. de fideiuf. Vbi dicitur, ei, qui pro pupillo sine tutoris auctoritate promittente, item prodigo & furioso fideiussit, non subueniri. Vnde cum fideiussor efficaciter obligetur, videtur & prodigus naturaliter obligari, quia nisi præcedat naturalis saltem obligatio, fideiussor interuenire non potest. l. fideiussor 16. §. 2. §. de fideiuf. Resp. Distinguendum arbitror inter eum qui pro pupillo,

pupillo, & eum qui pro prodigo vel furioso fideiussit. Fideiussor pro pupillo interueniens obligatur, quia pupillus naturaliter tantum obligatur, nec fideiussori subuenitur propter personam pupilli. l. si pupillus 127. de V. O. l. si pupillus §. de arbit. Neque dabitur fideiussori contra pupillum mandati vel negociorum gestorum actio, nam actio negotiorum gestorum non competit, nisi vtiliter gestum sit negotium, hoc est, nisi pupillus factus sit locupletior, tunc enim efficaciter tenetur. l. 5. §. de auct. tut. Pro prodigo verò & furioso fideiubens non obligatur, quia furiosus & prodigus nec natura obligantur, & ideò nec fideiussori subuenitur per restitutionem, cum ipso iure sit munitus. Si tamen furiosus & prodigus potuerunt iure obligari, vt puta cum ex delicto vel quasi contractu obligatio procedit, tunc nec eis subuenitur, nec fideiussori. l. si à reo. §. si à furioso. §. de fideiuf. l. furiosus 43. §. de obl. & act. Baro ad l. quod dictum 32. §. de pact.

## ASSERTIO XXXV.

*Ex pactis adiectis contractibus bonæ fidei non competit actio præscriptis verbis, sed actio ex principali contractu.*

**P**ROBATVR hæc sententia primò hac vulgari regula, quòd tunc demum actione præscriptis verbis agendum est, cum certa & nominata deficit actio. l. 2. §. de præf. ver. Accedit & hæc ratio quòd pacta adiecta sunt pars eius contractus, cui adijciuntur, ergo & actio eadem competit, quæ ex principali contractu datur. Sic pacta emtioni adiecta pariunt actionem ex emto vel vendito, & sic in cæteris. l. fundi 79. §. de con. emp. l. tenetur 6. §. 1. §. de act. emp.

Obijcitur l. 2. C. de pact. int. emp. Vbi ex pacto venditioni fundi adiecto, vt venditori pretium quandoque offerenti, fundus restituatur, datur actio præscriptis verbis. Resp. Illud pactum magis distrahendæ & resoluendæ, quam contrahendæ venditionis gratia adiectum est, ideoque actio præscriptis verbis competit. Cum enim pacta soleant adijci, vt per ea firmentur & roborentur contractus, si ad dissolutionem eorum tendant,



dant, ageretur præscriptis verbis. Alciat. lib. 5. Parad. c. 1. Potest etiam dici, quòd actione ex vendito hoc quoque casu agit possit, si quis velit, & adijcitur, competere etiam actionem præscriptis verbis, quòd hoc fit tutius contra aduersarij dissensiones.

Secundò obiicitur l. Labeo 30. ff. de cont. emp. & l. si conuenit ff. de resc. vend. in quibus datur ex pacto venditioni adiecto, præscriptis verbis actio. Resp. Fuit hæc res controuersa inter Proculianos & Sabinianos. Proculiani dabant actionem præscriptis verbis, l. si vir vxori. ff. de præf. ver. Sabiniani actionem ex contractu, cui pactum erat, decernebant. d. l. si conuenit. Postea hoc dissidium Imp. composuerunt, data non actione præscriptis verbis, sed illa quæ ex principali contractu descendit, cui pactum adiectum est. l. si fundus. ff. de L. commis. l. Imperator. ff. de in di. addic. Borch. c. vlt. de pact. num. 55. Cuiac. ad l. 7. ff. de pact.

## ASSERTIO XXXVI.

*Pactum contractibus adiectum de non alienando, non impedit translationem dominij, sed ad interesse agere poterit paciscens, si sua intersit non alienari.*

**R**ATIO assertionis est, quia pactum ne liceat domino rem suam alienare, repugnat naturæ & legibus dominij: quippe hoc dominij proprium est, vt dominus possit statuere de rebus suis vt velit. l. in re mandata. C. Manda. Itaque pactum quo conuenit, ne dominus res suas alienet, perinde est atque si conuenit, vt qui dominus est, dominus non sit.

Quatuor loci iuris huic sententiæ aduersantur. Primò obiicitur l. ea quidē. C. Si manc. ita fuer. alien. vbi dicitur, si seruus ita venditus fuerit, ne manumittatur, quòd manumissio secuta non tenet. Resp. Cuiac. illam l. loqui de seruo vendito, ea lege ne manumittatur, quæ impedit libertatem, non de seruo prohibito alienari. Lex ne manumittatur, personæ serui cohæret, lex ne alienetur, non item.

Secundò obiicitur l. vlt. C. de reb. al. non alien. vbi traditur, valere

valere pactum, quo conuenit, ne domino rem suam alienare liceat. Resp. Tale pactum quidem valet, sed eatenus, vt alienans contra prohibitionem teneatur ad interesse, verum alienatio nihilominus rata & efficax est. Deinde in ea lege nõ dicitur, quòd dominium non possit in accipientem transferri, sed tantum notatur, quæ contineantur verbo alienationis, cum prohibita est alienatio, plus verò ea lege non definitur.

Tertiò obiicitur l. si creditor. §. vlt. ff. de dist. pig. quæ dicit, si creditor paciscatur cum debitore, ne vendat pignus, venditionem contra tale pactum initam, nullam esse. Resp. Qui ius habet in re, vt creditor in pignore, ita pacisci potest: atqui extraneus qui nihil iuris habet in re, non potest ita pacisci, ad hoc vt res non alienetur ab accipiente, & idè accipiens alienando nihilominus transfert dominium, salua paciscenti actione ad interesse.

Quartò obstat l. pen. ff. de pact. Vbi reprobatum hoc pactum, ne dominus rem suam alienet, ergo ex eo non datur actio. Resp. Pactum hoc ita demum valet, si adijciatur contractui. l. vlt. C. de pact. int. emp. Sed si tale pactum nudum sit, & seorsim à contractu interponatur, non valet, vt agatur ad interesse, quia ex nudo pacto non datur actio. Præterea cum tali pacto nihil remittatur debitori, neque ad excipiendum prodesse potest.

## ASSERTIO XXXVII.

*Pactum vni tantum ex heredibus cauere possumus, vt cæteris non prosit.*

**S**i debitor paciscatur cum creditore suo, ne petat ab vno ex heredibus suis, hoc pactum valet, vt illi tantum prosit, cui defunctus pactus est, cæteris autem heredibus non prodest. l. auus 33. ff. de pact. l. auus 10. ff. de pact. dot. vbi pactum ab auo initum, ne dos quam promisit pro nepte, petatur à filio, prodest filio heredi, coheredi verò eius non prodest. Ratio est, quia pacto vni tantum ex heredibus nostris consulere possumus. quo casu coheredibus non est danda pacti exceptio.

Obijcitur



Obijcitur l. continuus 137. §. ult. ꝛ de V. O. vbi dicitur non posse defunctum stipulari, vt vni ex heredibus aliquid detur, sed necessariò omnibus heredibus acquiri pro partibus hereditarijs. Resp. Mero quidem & summo iure illud quod vni ex heredibus quis dari stipulatur, omnibus acquiritur: quia obligatio, quæ à defuncto incepit, ex ll. 12. tab. inter heredes diuiditur pro hereditarijs portionibus: sed tamen his qui contra defuncti voluntatem petunt, obstat doli exceptio, per l. 1. C. de excep. vbi Accur. notat, quòd d. §. ult. loquatur de rigore iuris, sed d. l. 1. procedat ex æquitate.

Secundò obijcitur l. eum qui 56. §. 1. de V. O. vbi dicitur, si quis se & heredem suum Titium daturum sponderit, quòd nihilominus ceteri coheredes tenentur pro portionibus hereditarijs. Resp. Idèò ibi Titius non tenetur, nisi quatenus est heres, quia vltra portionem hereditariam heres habetur pro extraneo. l. cum à matre. C. de rei vend. l. pen. C. de her. act. Atqui inutilis est stipulatio, qua heres vltra portionem hereditariam addandum adstringitur, quia inutilis est stipulatio, qua quis extraneum aliquid daturum promiserit. §. si quis alium. Inst. de inut. stip. Porro cum inutilis est stipulatio, pactum tacitum quod ex ea colligitur, vt scilicet ab alijs heredibus nihil petatur, valere non potest, propter regulam iuris, quæ ait ex stipulatione inutili non colligi vtile pactum. l. 1. §. eum qui. ꝛ de const. pec. l. 1. §. si quis ita. de V. O. Si autem expressè & nominatim actum esset, vt à ceteris coheredibus non petatur, pacti exceptio eis proderit, quia pacti exceptio vni heredum acquiri potest. d. l. auus. Duaren. ad d. l. 56. §. 1.

## ASSERTIO XXXVIII.

*Redditio chirographi facta à creditore debitori, inducit remissionem debiti: pignoris verò restitutio non item.*

**S**i creditor debitori suo chirographum reddidit, tacitè conuenisse videtur, ne peteret, debitumque remissum censetur. Diuersum obtinet in pignore, per cuius redditionem nõ intelligitur facta liberatio debiti, sed tantum pignoris ob-

ris obligatio soluta censetur. l. 2. & 3. ꝛ de pact. l. creditorem. C. de remis. pig. Rationem diuersitatis, quam reddit gl. in d. l. 3. communiter sequuntur DD. quia redditio instrumenti seu chirographi aliam debitori vtilitatem, quam liberationem debiti adferre non potest. Ne ergo nihil actum videatur, redditio chirographi inducit liberationem debiti, quia verba & actus hominum semper ita interpretanda sunt, vt aliquid operentur. l. si quando 109. de leg. 1. Redditio verò pignoris aliud adfert commodum præter liberationem debiti, quia facilius mutuum sub pignore accipitur, item pignus vendi potest: itaque debitum principale reddito pignore nihilominus peti potest.

Obijcitur prædictus l. si chirographum. ꝛ de prob. vbi dicitur, si chirographum reperiatur cancellatum penes debitorem, nihilominus creditor potest petere debitum, si probet sibi adhuc deberi. Resp. Aut debitor qui habet instrumentum cancellatum, allegat se pacto liberatum, & tunc debet probare redditum sibi instrumentum. d. l. 2. quæ requirit, quòd creditor tradiderit debitori instrumentum. Ratio est, quia qui dicit se pacto liberatum, allegat donationem, donatio autem non presumitur, nisi probetur. l. cum de indebito. ꝛ de prob. Ergo probare debet debitor cautionem sibi redditam. Aut debitor allegat se liberatum solutione, & probationis causa chirographum cancellatum profert, & tunc præsumptione iuris liberatus censetur, nisi adhuc creditor sibi deberi manifestè ostendat. Cast. ad d. l. 2. & 3. Probare autem poterit creditor debitum, si probauerit deletionem chirographi se inuito factam. l. 1. §. legi. & §. sed consultò. ꝛ De his quæ in test. del. Item cum debitor, apud quem cancellatum reperitur instrumentum, est domestica persona, puta vxor vel famulus, quæ facillè subtrahere potuerit instrumentum, tunc non censetur liberatus. l. vnic. §. ille autem. C. de lat. lib. toll. quia aliàs daretur materia furandi & infidiandi. Præs. Euer. conf. 170. Consultius itaque faciet debitor, si non modò sibi à creditore chirographum reddi curauerit, sed etiam præterea recipiat apocham solute pecuniæ. Certior enim modus probandi debiti inducitur per apocham, quam per restitutionem instrumenti. l. pecuniæ. & l. seq. C. de solut.



## ASSERTIO XXXIX.

*Nuda pacta non pariunt actionem, sed  
exceptionem tantum.*

**R**EGVLA hæc traditur in l. 7. §. sed cum nulla §. de pact. l. in bonæ fidei 13. C. eo. Ratio est, quia leuiter homines & sine causa facile promittunt. Noluerunt itaque legislatores, vt temere & ex incogitantia prolatis verbis promiscuè quis obligaretur: sæpè enim plura captandæ beneuolentiæ causa homines promittunt, quam vt serio præstare velint. Wesem. de pact. num. 9.

Huic sententiæ repugnat l. frumenti C. de vsur. vbi frumenti mutuo dati vsuræ debentur ex nudo pacto: item l. etiam. §. eo. vbi ex nudo pacto debentur vsuræ creditarum ciuitati pecuniarum. Resp. Hic reuera pacta nuda non sunt, quia numerationi pecuniæ & traditioni sunt adiecta, sed ideo dicuntur nuda, quia stipulatio non est addita. Cum enim vsuræ non debeantur in stricti iuris contractibus nisi in stipulatum sint deductæ, l. 3. C. de vsur. nudum pactum accipiendum est in tractatu vsuræ, cuius confirmandi causa stipulatio non est secuta. Donel. ad l. 10. C. de pact.

Secundò mouetur tale argumentum: Prætor pollicetur se pacta seruaturum: sed si quid pacto promissum est, seruari non potest, nisi actio eo nomine detur, ergo ex pacto competit actio. Idem probatur in l. inter. §. 1. §. Fam. ercis. vbi dicitur, quòd Prætor seruat adiudicationes in iudicio familiæ erciscundæ, actiones vel exceptiones dando. Bart. dicit se in hoc loco hære, & quòd nesciat soluere, nisi diuinando. Resp. Dum in hoc edicto Prætor pollicetur se pacta seruaturum, ex vsu & consuetudine Prætorum subintelligi debet conditio, quatenus id per leges licet. arg. l. 1. in fi. §. Ex qu. ca. maior. itaque cum ius civile non concedit ex pacto actionem, nec Prætor admittit. Quoties enim lex non concedit actionem, tunc neque Prætor dat, nisi specialiter & aperte dicat se actionem dare. l. cum sponsus §. si res. §. de Publ.

Publ. act. vbi dicitur Prætozem non dare Publicianam actionem, quando res non potest alienari, non quia non potest, sed ne quid contra leges faciat. Ergo neque iure ciuili, neque prætorio datur ex pacto actio. Donel. d. loco.

Tertiò obst. l. 5. C. de cont. stip. vbi fundo promisso nudo pacto, talis stipulatio fuit subiecta, si fundum non dederis, x. dabis: & rescribitur post motam litem extitisse conditionem stipulationis. Notanda sunt verba, post motam litem, quibus verbis significatur ex pacto fuisse actum. Resp. Ex pacto non datur actio in inuitum, in volentem esse potest. Et si quis pacto nudo quid promiserit, & postea fuerit subiecta stipulatio pœnalis conditionalis, promissor ex pacto actionem excipere debet, & volens pati, vt ex pacto secum agatur, aliàs committitur stipulatio pœnalis. Hæc est sententia veteris interpretis Iohannis, vt notat Cuiacius in l. ita stipulatus. de V. O. & lib. 19. Obs. c. 32.

Nouissimè sciendum, quòd hodie ex pactis serio & deliberatò in iure Canonico efficax datur actio, quia inter simplicem loquelam & iuram Deo nullam differentiam agnoscit. c. 1. ex. de pact. Eaque sententia in foro ciuili seruanda est. Wes. d. loco. Quod & iure ciuili defendi potest, eo in casu, si aduersarius damno afficiatur, eo quòd pacta non seruentur. Alciat. lib. 5. Parad. c. 3. Probatur ex l. & eleganter. §. seruus. & l. si cum mihi 34. §. de dolo. Vbi, ex nudo pacto datur actio de dolo, si aduersarius damnum patiat ob non seruatum pactum. Baro ad d. l. 34. Costal. ad l. 7. §. de pact. Vocatur autem hæc actio quæ datur ex nudo pacto, conditio ex canone. arg. l. 1. §. de cond. ex L. Adaman. in diuis. act. quæst. 17.

## ASSERTIO XL.

*Ambiguum vel obscurum pactum contra venditorem,  
stipulatorem & locatorem interpretandum est.*

**P**ACTVM ambiguum, quod duobus vel pluribus modis potest intelligi, vel obscurum, quod nullo modo potest intelligi, contra venditorem vel locatorem interpretandum est. l. veteribus 39. §. de pact. l. Labeo 21. §. de con. emp. vt  
G 2 pu ta



puta si dixerit venditor, Stillicidia vti nunc sunt, vt ita sint, debet venditor quasi ambigüe loquens prædium liberum a stillicidij recipiendi seruitute præstare. l. si arborem 17. §. 1. ff. de ser. urb. præd. Ratio decidendi est, quia interpretatio, contra eum facienda est, in cuius potestate fuit legem apertius dicere contractui. l. cum quæritur. ff. de reb. dub. l. in contrahenda 172. de R. I. Atqui in venditoris potestate est legem qualemcunque venditioni rei suæ dicere. l. vlt. C. de pact. int. emp. l. legem. C. de don. Sic in stipulationibus ambiguitas quoque contra stipulatorem interpretanda est, quia cum stipulatio ab interrogatione incipiat, illi imputandum est, cur non apertius sit stipulatus. l. 38. §. in stipulationibus. ff. de V. O.

Obijcitur l. si mihi 110. §. vlt. ff. de V. O. vbi dicitur, non quid promissor senserit, spectari debere, sed stipularis mentem spectandam esse. Resp. Ideo in specie ibi proposita stipulatoris mens spectatur, quia cum veritate omnino congruit, & loquendi vsu, à quo mens promissoris profusus est aliena. Fab. ad l. quoties 97. de R. I.

Secundo obijcitur l. si in emtione 34. ff. de con. emp. Vbi dicitur, quod pactum ambiguum contra emtorem interpretandum est. Nam cum conuenisset ibi emtioni fundi Stichum accessurum, neque intelligeretur quis Stichus ex pluribus accesserit, cum de alio venditor, de alio emtor senserit, is Stichus debetur, quem venditor intellexit. Resp. Ibi statuendum est, emtorem conuenisse de Stichi accessione, ideoque contra eum qui legem apertius potuit dicere contractui, facienda est interpretatio. c. contra eum. & ibi Peck. de R. I. in 6.

## ASSERTIO XLI.

*Quilibet potest pacto iuri & favori pro se  
introducito renuntiare.*

**R**EGVLA est iuris antiqui, quod vnicuique licet iuri & priuilegio suo renuntiare, quæ tradita extat in l. pactum 46. ff. de pact. l. si iudex 41. ff. de minor. l. pen. C. de pact.

Sed

Sed multa aduersantur huic regulæ. Primò obstat, quod mulier pacisci non potest, vt longiori die quam qui à legibus præfinitus est, dos sibi reddatur. l. de die. l. Attulienus. ff. de pact. dot. l. Sed dos mulieris est, & in vtilitatem eius datur, vnde videbatur posse eam pacto favori suo renuntiare. Resp. Dos ita est mulieris, vt eam reddi Reipub. quoque interfit, in eoque publica vtilitas quodammodo versatur. l. 1. ff. Sol. mar. Atqui ius publicum priuatorum pactis immutare non licet.

Secundo obijcitur l. alia 14. §. 1. ff. Sol. mar. vbi traditur, quod marito, qui habet beneficium, ne in reddenda dote in plus teneatur, quam facere possit, non liceat pacisci, in dote accipienda, vt solidum ab eo exigatur. Resp. Hoc ideo cautum est iure, quia huiusmodi pactum est contra bonos mores. Est enim hoc contra reuerentiam marito debitam, vt maritus teneatur in plus quam facere potest. Pacta autem quæ fiunt contra bonos mores, ipso iure nullius sunt momenti. l. 6. C. de pact.

Tertio refragatur regulæ, quod actio communi diuidendo instituta est in fauorem eorum, qui rem communem habent, & volunt à communionem recedere. Atqui non licet socijs pacisci, ne in perpetuum à cõmunionem recedatur. l. in hoc iudicium. 14. §. si conueniat. ff. Com. diu. Ergo non licet vnicuique iuris sui persecutionem pacto remittere. Resp. Duplici causa illud pactum, ne omnino diuisio fiat, improbat. Primò, quia pactum non est validum, in quo paciscentis nihil interest. l. pen. ff. de pact. nihil autem interest paciscentis pactum illud seruari, quia interest potius eius à cõmunionem recedi: cum ea quæ communiter possidentur, plerumque negligantur. l. 2. C. Quan. & quib. quar. pars. lib. 10. Secundo hoc pactum, vt in cõmunionem semper marcant socij, est contra bonos mores, quia cõmunitio plerumque solet excitare discordias. l. cum pater. §. dulcissimis. de leg. 2.

Quarto cum hac assertionem pugnat l. cum precario 12. ff. de precar. vbi dicitur, si conuenerit, vt qui accepit precario, in Calend. Iunias precario possideat, huiusmodi conventionem nullas habere vires, & tamen interdictum de precario, in gratiam eius, qui dedit precario inductum est. Resp. Hoc pactum, vt ad certum

G 3

certum



certum tempus precario rem accipiens retineat, neque liceat ante illud tempus precario danti reuocare, ideo non valet, quia repugnat substantiae precarij, cuius haec est natura, ut petenti precario concedatur tamdiu utendum, quam diu is qui concessit, patitur repetiturus cum liberit. l. 1. §. de precar. Sed quae de substantia alicuius actus vel contractus sunt, ea pacto tolli non possunt. l. nec ex praetorio. 27. de R. I.

Postremo grauius obstat l. si conuenerit 18. §. de iurisd. vbi dicitur, neminem cogendum esse huic conventioni stare, si conuenerit, ut alius Praetor, quam cuius iurisdicatio est, ius diceret. In qua tamen conventionem is qui pactus est, privilegio & praescriptioni fori sui aperte renuntiat. Resp. Pacto nudo effici non potest, ut quis conueniatur apud alium iudicem, quam cuius iurisdictioni subiectus est: quia ex nudo pacto non datur actio: atqui istius pacti nulla esset utilitas, nisi quis ex eo posset compelli actione aliqua, ut coram non suo iudice litigaret. Eaque est sententia d. l. si conuenerit. Verum si hoc pactum in contractu aliquo adiectum fuerit, ut quis coram non suo iudice litigare teneatur, huic pacto standum est, quia pacta adiecta contractibus obligationem & actionem pariunt. l. in bonae fidei. C. de pact. Ita accipienda est l. penul. C. de pact. ut recte eam interpretantur Gouean. & Cuiac. ad d. l. si conuenerit. Fachin. lib. 1. controuer. cap. 51.

## ASSERTIO XLII.

*Ius publicum priuatorum pactis mutari non potest.*

**I**n iure civili pro regula statuitur, quod ius publicum priuatorum conventionibus tolli aut mutari non possit. l. ius publicum 38. §. de pact. l. neque pignus 45. §. vlt. §. de R. I. Ius publicum dicitur, quod continet principaliter utilitatem publicam, quod & alibi dicitur ius commune vel solenne. l. 7. §. & generaliter §. de pact. l. nec ex praetorio. de R. I. Exempla sunt. Iure publico introductum est, ut liberi primo loco parentibus succedant ab intestato. Vnde pactum non valet, ut filia dote

contenta

contenta excludatur ab hereditate paterna, l. vlt. §. de su. & legit. 11. Exemplum: Donatio inter virum & uxorem moribus prohibita est propter utilitatem publicam, ne concordia maritalis, quae virtute, obsequio & industria paranda est, pretio conciliari videatur. l. 3. §. de don. int. vi. & vx. Si igitur maritus donauit uxori, pacto adiecto, ne res donatas repetat, hoc pactum contra ius commune in iurum, est inualidum, quoniam hoc pacto ius publicum, quod donationes inter coniuges inhibet, infirmatur. l. 5. §. de pact. dotal.

Opponitur tale argumentum. Appellandi ius est publicum, sed partes inter se pacisci possunt, ne liceat sibi ad prouocandi beneficium confugere. l. vlt. in fi. C. de temp. app. Ergo priuata conuentio derogati iuri publico. Resp. Quod pro regula traditur iuri publico priuatorum conventionem derogari non posse, accipiendum est de eo iure publico, quod ad statum Reipub. principaliter pertinet. At vero ijs quae publici iuris sunt, & tamen priuatorum vtilibus deseruiunt, pactis derogari potest. l. 2. §. hoc interdictum. §. Ne qu. in lo. pub.

Secundo repugnat regula hoc argumentum. Legibus solennibus testamentorum & iure publico introductum est, ne testator amplius quam dodrantem bonorum legatis distribuere possit, ita ut quadrantem integrum heredi relinquat. l. 1. §. ad l. Falc. Atqui licet testator efficere nequeat, ut Falcidia in suo testamento locum non habeat, l. quod de bonis 15. §. ad l. Falc. tamen heres cum legatarijs pacisci potest, ne Falcidiam deducat. l. qui quod 46. l. potest 71. §. ad l. Falc. Resp. Lex Falcidia non principaliter ob utilitatem publicam, sed potius in heredis gratiam & fauorem lata est, ne propter nullum aut minimum lucrum detrectet hereditatem a iure: quilibet autem potest iuri pro se introducto renuntiare. l. pen. C. de pact.

Tertio opponitur l. pacisci 31. §. de pact. Vbi dicitur pacisci contra edictum a dilium licere. Si enim venditor pactus est, ne teneatur ob vitium venditi animalis, actione redhibitoria, vel quantimioris, quae a dilium edicto sunt introductae, l. 1. §. de ad. ed. standum est huic pactioni, & non dabitur emptori ad actiones, quas pacto remisit, regressus. l. quaeritur 14. §. si venditor.



ditor, *¶* de æd. ed. Resp. Per hoc pactum non impeditur mens & intentio iuris prætorij. Nam ædiles cures voluerunt suo edicto definire, ne quis ex venditione morbo animalis deciperetur. l. i. §. causa. *¶* de æd. edict. Itaque cum venditor paciscitur cum emtore, ne de vitio vel morbo animalis contra eum agatur, huic pacto standum est, quoniam emtor hoc casu non decipitur, dum sciens & prudens ius suum remittit. Scienti enim & volenti non fit iniuria.

## ASSERTIO XLIII.

*De crimine capitali, excepto adulterio, transigere & pacisci licet: at de crimine non capitali, excepto crimine falsi, transigere, turpe & illicitum est.*

**Q**UATUOR huius thesisi membra sunt: primum est quod de crimine capitali pacisci liceat, cuius ratio aperta est, quia, ut ait Cicero pro Milone, omnis honesta ratio est expediendæ salutis. quod disertè comprobatur l. i. de bo. eo. qui sibi mor. vbi dicitur, in capitalibus criminibus non nocere ei, qui aduersarium corrumpit: ignoscendum enim est ei, qui sanguinem suum qualitercunque redemptum voluit.

Secundum caput est, quod de adulterio (quod non lege Iulia sed posterioribus constitutionibus Imp. factum est capitale) pacisci non liceat. Ratio est, quia quorum consilio factum est, ut vir foeminae in adulterio deprehensi, aliqua pactione se redimant, in lenocinij crimine incidunt. l. miles 11. l. is cuius 14. *¶* ad l. Iul. de adul. l. de crimine. C. eo. cuius facinoris author haberi noluit Imp. Corraf. lib. 2. Misc. c. 1.

Tertium thema est: In criminibus non capitalibus transigere non licet. Huius sententiæ varia & multiplex est ratio. Cuiac. & Wesem. hanc reddunt, quod reus qui de crimine paciscitur, falsi crimen incurrat. Omnis à reo corruptela falsitas est in crimine non capitali, reus qui corrumpit iudicem, falsi tenetur. l. i. l. qui duobus. *¶* ad l. Corn. de fals. Similiter qui corrumpit aduersarium, reus est falsi: nam hæc iunguntur ut paria, corrumpere iudi-

cent

cem vel aduersarium. l. i. C. de poen. iud. qui malè iud. l. Imp. *¶* de iu. fis. Cuiac. lib. Obs. 6. c. 11. Accusator verò qui vendit, ac nundinatur publicum iudicium, qui se corrumpi & vinci sinit, tanquam præuaricator punitur, & propter improbam ab accusatione cessationem infamia notatur, l. 8. *¶* de accus. l. in S C<sup>um</sup> §. idem *¶* ad S C. Turp. Donel. adfert hanc rationem, quod transactio in criminibus non capitalibus verita sit respectu accusatoris, quia incidit in poenam S C. Turpiliani, qui transigendo d. listit ab accusatione. d. l. in S C<sup>um</sup> l. si quis. §. 1. l. i. §. præuaricatorem, *¶* eo. Accur. in reo adfert hanc rationem prohibita pactionis, quia in fiscalibus causis, qui delatorem corrumpit, pro confesso, & conuicto habetur. l. 4. l. 29. *¶* de iu. fis. l. 1. *¶* de præuar.

Quartum est membrum, quod licet transigere de crimine falsi: quod apertè probat l. 7. C. ad l. Corn. de fals. Rationem perspicuè tradit Cuiac. lib. Obs. 19. c. pen.

Obijcitur l. 7. §. si paciscar. & l. si vnus. §. item ne. *¶* de pact. vbi scriptum est, si de re familiari agatur, pacisci licere, si de re publica, non licere: itaque ne experiamur vnde vi, aut de incensis adibus pacisci non licet. Atqui in accusatione publica agitur de causa publica, quia pertinet ad criminis vindictam, in quo vindicando publica vtilitas vertitur. l. locatio. §. quod illicitè. *¶* de publica. Resp. Qui transigit de crimine, seu qui cõuenit, ne accuset, non de re publica, sed priuata, & sua paciscitur, quia paciscitur se non accusaturum, quod priuatum eius factum est, non publicum. Neque pertinet hoc pactum ad publicam læsionem, nam obstat paciscenti tantum, ne post ea ad accusandum iterum admittatur: causa autem publica, id est, accusatio & executio criminis, cuius ex populo integra relinquitur, potestque iudex nihilominus de crimine inquirere, & super eo procedere, illudque punire, quamuis partes transegerint. l. libellorum. in fi. *¶* de accus.

Secunda obiectio. Transactio de crimine adulterij permissa videtur ex l. si maritus 15. §. si negauerit *¶* ad l. Iul. de adul. vbi dicitur, si maritus negauerit se adulterij accusaturum, postea non admititur. Resp. Ibi nulla est transactio de crimine adulterij, quia

H



quia nulla adhuc coeperat esse lis, sed vltro tantum, & gratis renunciatum est accusationi adulterij. l. mariti. §. plectitur ꝛ eo. Vel respondend. Quod aliud est iniuriam gratis remittere, aliud pacisci. Pactum fit, si & is qui stuprum intulit, & is qui scit stuprum esse commissum, consentiant. At gratis quis remittit iniuriam apud seipsum, si iniuriam quam passus est, ad animum non reuocauerit. Gratis ergo, quis iniuriam, quam accepit de adulterio remittere potest, at de adulterio non potest pacisci.

Tertia oppositio. Transactio in ita de crimine capitali nullum habet effectum, quia reus potest ab alio iterum de eodem crimine accusari. l. qui captus. §. fin. ꝛ ad l. Iul. de vi pub. vbi dicitur, si filia alicuius rapta sit, etiamsi pater iniuriam remiserit, tamen extraneus nihilominus reum postulare potest. Item magistratus potest ex officio de crimine, de quo transactum est, inquirere, & illud punire. Not. Wesem. in parat. de pact. num. 6. vbi dicit moribus hoc ita obtinere. In eandem sententiam respondit Bart. in l. i. §. vsque ꝛ de iniurijs: vbi dicit, si pax fiat de caede vel vulnere, per hoc tollitur actio quae competit vulnerato, sed non accusatio, quae ad vindictam publicam intentatur. Resp. Transactio facta in crimine capitali duos habet effectus: primo quoad transigentem prodest, quia is repellitur ab accusatione, nam quantum in se est, prodidit causam publicam: ille itaque priuatam iniuriam, seu damnum, quod accepit ex crimine, non potest iterum publico seu priuato iudicio repetere, vel vindicare. d. l. in S C<sup>um</sup> §. idem. Secundus effectus est, quod qui de nouo volunt reum de eodem crimine accusare, cum quo transactum est, non possunt super processu ante instituto litem prosequi: ratione ergo illius instantiae, seu processus transactio prauidicat omnibus, quia impedit processum iudicis, & obstat quo minus probationes in priori iudicio productae, iterum repetantur. arg. l. fratris. C. de transac. Bart. in l. transigere, C. de transf. num. 8. Pulchrè Gomez. in var. resol. cap. de homicid. num. 55.

ASSERTIO

ASSERTIO XLIV.

*Sicut de adulterio non licet transigere, ita nec de raptu.*

**Q**UOD de raptu non liceat transigere, probatur ex l. vnic. §. vlt. C. de rap. virg. Vbi lex parentes deportari iubet, si dolorem suum remiserint, & patientiam praebuerint super raptu filiae. Adde quod crimen raptus coniunctam habet causam cum adulterio & stupro, de quibus pacisci non licet.

Obijcitur l. penul. C. In qu. caus. ser. pro praem. liber. accip. vbi proponitur de raptu fuisse transactum. Resp. In d. l. penul. hoc solum nudè traditur, raptum dissimulatione fuisse praeteritum, aut pactioe transmissum: sed non deciditur in illa l. an transactio licita & valida fuerit: sed ad alias leges recurrere debemus, maximè ad d. l. vnic. C. de rap. virg. ex qua constat transactionem illam non valere.

Secundò obstat l. qui coetu. §. fin. ꝛ Ad l. Iul. de vi publ. vbi dicitur, quod pater raptus crimen remiserit. Resp. In ista l. hoc solum quaeritur, an patre iniuriam raptus remittente, extraneus nihilominus accusare possit, & deciditur posse. Ex quo tamen non sequitur id impunè patri licere. De stupro quoque nec transigere quis potest. Ratio est, quia pro comperto stupro pecuniam accipere non licet. l. auxilium. in fin. ꝛ de minor. ergo nec transigere, hoc est, non gratis pacisci licet.

ASSERTIO XLV.

*Transactio inter alios inita, alijs non nocet.*

**G**ENERALIS regula est omnium pactorum & transactionum, quod pactis & transactionibus ius proprium paciscentium laeditur, ius aliorum non item. l. item si vnus. §. ante omnia. ꝛ de pact. l. debitorum. C. eo.

Sed pugnare in hoc articulo videntur l. 3. in princ. ꝛ de transf. & l. controuersia 14 ꝛ eo. In l. 3. dicitur transactionem factam super testamento filij, inter matrem petentem hereditatem ex



causa inofficiosi, & scriptum heredem, non præiudicare legatarijs, sed posse eos nihilominus conuenire scriptum heredem. In d.l. controuersia, statuitur inita transactione inter scriptum heredem & legitimum venientem ab intestato, vtrunque posse pro parte hereditatis in transactione expressa, vtilibus actionibus conueniri à creditoribus. Resp. Transactio inita inter scriptum heredem & legitimum nõ nocet legatarijs: illi nanque heredem testamento scriptum conuenient, non legitimum. In d.l. controuersia agitur de creditoribus, quibus dantur vtilis actiones tam contra scriptum, quam legitimum heredem. Ratio differentia est, quia legata ex testamento debentur, & ideo legatarij scriptum heredem conueniunt, testamentum enim transactione super querela inofficiosi testamenti, non est ruptum. l. si suspecta 29. §. quamuis. ff. de inoff. test. At debita à defuncto contracta à quibus liber heredibus debentur, ideoque creditores, quia incertum ipsis est, vtrum scriptus an legitimus sit heres, cum vtroque agere possunt.

Secundò aduersatur l. vlt. ff. de transf. vbi transactio inita inter venditorem hereditatis, & debitorem, nocet emtori hereditatis. Resp. Ibi debitor hereditarius qui transigit, ignorauit venditam esse hereditatem, ideoque ex æquo & bono exceptio transactionis debitori accommodatur, qua emtorem hereditatis petentem ab eo debitum, repellit. Quod si sciuisset venditam esse hereditatem, & nihilominus cum venditore hereditatis transigisset, non daretur ei transactionis exceptio contra emtorem. Cæterum vt rectè notat Acc. in d.l. vlt. emtori actio ex empto contra venditorem hereditatis dabitur; qua id quod à debitore accepturus fuisset, consequetur.

## ASSERTIO XLVI.

*Transactio super re certa vel iudicata fieri non potest.*

**O**MNIS transactio fit super re dubia, lite incerta & nondum finita. l. 1. ff. de transf. l. in summa 65. §. 1. ff. de cond. ind. Si verò decisa est lis, & per sententiam finita, iam quia causa amplius non est dubia, transactio est inutilis. Itaque super

super re iudicata transactio facta, nullius est momenti. l. & post. ff. de transf.

Obijcitur, quòd super re iudicata pacisci possumus. l. 7. §. si paciscar. ff. de pact. Resp. Pacta super re iudicata admittuntur, sed non transactiones: quia pacta fiunt super rebus certis, quas donandi causa quis remittere potest, transactiones verò super rebus dubijs & litigiosis conficiuntur.

Secundò obijcitur l. transacta 229. de V.S. vbi dicitur, transacta finitaue intelligere debemus, non solum illa, de quibus controuersia fuit, sed etiam quæ sine controuersia sunt possessa. Resp. Ibi verbum transacta, ad illa de quibus controuersia fuit, referendum est. Verbum finita, ad illa quæ sine controuersia sunt possessa, finita scilicet pacto, vel longi temporis prescriptione, quemadmodum colligitur ex l. 1. §. vlt. ff. ad S.C. Tertull.

Tertiò aduersatur l. si de certa. C. de transf. vbi transactio de re certa fieri dicitur. Resp. Non ibi res certa dicitur, de qua nulla dubitatio est, sed certa res appellatur, vna aliqua species vel quantitas, quæ vel dubia fuit, vel litigiosa: de illa rectè transigitur.

Quartò obstat l. si causa cognita. C. de transf. vbi post rem iudicatam admitti videtur transactio, dummodò interposita Aquiliana stipulatione, & acceptilatione conficiatur. Resp. Verba istius stipulationis, quæ habent, *Si non Aquiliana stipulatione, & sequenti acceptilatione actionem peremisti*, rebus iudicatis præses effectum adhibebit, ita accipienda sunt, quasi dicat Imp. quia acceptilatione non peremisti actionem, ideo rebus iudicatis standum est, vt hic sit sensus legis, Quia non est sublata pristina actio, transactione per acceptilationem interposita, post rem iudicatam, ideo transactio irrita est, & res iudicata ad effectum perducenda: vt sic particula *si*, pro *quia* accipiatur. Ita multis contra Gl. probat Donel. in d. l. si causa.



## ASSERTIO XLVII.

*Transactio de alimentis facta, neque ad vestiarium,  
neque ad habitationem pertinet.*

**H**ÆC decisio expressè traditur ab Vlpiano in l. cum hi. §. qui transigit, ꝛ de transf. Vbi statuitur, quòd transactio simpliciter, & generaliter de alimentis facta, non porrigitur, neque ad habitationem, neque ad vestes. Quod est singulare & menti tenendum.

Sed obijcitur huic sententiæ, l. legatis. & l. vlt. ꝛ de ali. legat. vbi dicitur, quòd alimentorum appellatione non solum victus, sed etiam vestitus & habitatio contineatur. Resp. Hoc procedit fauore alimentorum, vt scilicet cum alimenta legantur, tunc largius ea præstentur, ac simul vestes & habitatio debeantur. Verùm cum transigitur de alimentis, tunc quia agitur de finiendis & remittendis per alienationem alimentis, strictius ea accipiuntur, ita vt de cibarijs tantum, & non de vestibus & habitatione transactum intelligatur. Ideoque D. Marcus constituit, vt expressè & specialiter de habitatione & vestibus quoque transigatur, alioqui generali transactione alimentorum ista non veniunt. Ita notant Accur. Baro, & Cuiac. in d. §. qui transigit.

## ASSERTIO XLVIII.

*Procuratores & Syndici transigere non possunt. Tutores verò  
& curatores sine consensu magistratus, transigendo res  
minorum alienare vetantur.*

**P**RIVS membrum enunciationis expressè probatur in l. 7. C. de transf. vbi dicitur transactionem litis à procuratore interpositam, cui causæ actio, non decisio litis mandata est, domino non præiudicare. Idem de syndico ciuitatis, & procuratore fisci statuendum. l. nulli. ꝛ de transf. Posterius membrum confirmatur ex eo, quòd transactio est species alienationis. l. 4.

nis. l. 4. C. de præd. & al. reb. minor. At qui res immobiles minorum sine decreto magistratus à tutoribus & curatoribus alienari non possunt. d. tit. C.

Sed obstat grauius l. præses 12. C. de transf. vbi dicitur, administratorem ciuitatis posse de dubia lite ciuitatis efficaciter transigere. Resp. Administratores ciuitatis non possunt de bonis ciuitatis transigere, quando nomine transactionis aliquid ab eis est dandum. arg. l. 1. ꝛ de off. proc. Cæs. Aliud verò dicendum est, si transactionis causa aliquid recipiendum est ab eis. Ita d. l. præses, intelligendam esse notat Iaf. ad d. l. nulli. Approbat Wesem. in paratit. ꝛ de transf.

Secundò obstat l. 5. C. de vsur. vbi tacito pacto administratoris Reipub. dum per aliquot annos recipit minores vsuras, promissis maioribus, incommodatur Reipub. Resp. Ibi non fuit aliquid pacto remissum, sed administratoris negligentia currit contra ciuitatem præscriptio, quia longo tempore minores vsuræ sunt præstitæ administratori. Per diuturnam enim præstationem minorum vsurarum, præscribitur maioribus vsuris. l. qui semisses 13. ꝛ de vsur.

Tertiò obstat l. si pignore 54. §. vlt. & l. interdum 56. §. qui tutelam. ꝛ de furt. Vbi dicitur tutorem transigere posse de furto in bonis pupilli commisso. Resp. Ibi debitum non fuit liquidum, quo casu tutor potest transigere. Adde, quòd eo casu nihil dimittitur de bonis pupilli. Qui enim occasione acquirendi non vitur, nihil alienare censetur. l. alienationis 28. de V. S.

Postremò obstat l. si plures 9. ꝛ de pact. vbi tutor potest cum debitore pupilli paupere transigere, & illi aliquid de debito remittere. Resp. Regulariter tutor non potest debitum pupilli transigendo remittere, l. pactum 22. ꝛ de pact. l. tutoris 15. ꝛ eo. Verùm cum debitore paupere potest decidere, quia hoc fit ex necessitate. Costal. ad d. l. si plures.

ASSERTIO



ASSERTIO XLIX.

*Maior annis xvii. potest esse procurator ad Lites.*

**N**ATVS annos xvii. potest esse procurator: sufficit enim ad hoc munus exercendum plena pubertas. §. iustæ. Inst. Quib. ex caus. manu. Et hæc doctrina procedit tam in procuratore dato ad iudicia & lites, quam ad negotia extraiudicialia. Nec obstat l. exigendi. C. de proc. ex qua Olden. & Wesem. statuunt in procuratore requiri ætatem xxv. annorum, nam illa lex loquitur de defensore, non de procuratore. Minor annis xxv. defensor non est idoneus, quia oportet illum satisfare iudicatum solui: quo casu quia obligatur & spondet pro alio, imò quia in eum condemnatum fit executio, facillè lædi potest: ac proinde quia ex hac causa in integrum restitui potest, defensor non est idoneus. l. minor §. 1. de procu. Diuersa ratio est in procuratore: cum enim hic mandato præcedente causam domini agat, imputare debet sibi dominus, qui rem procuratori minorenni commisit, nec poterit dominus ex gestu & administratione minoris in integrum restitui. l. cum mandato 23. de minor. Minor itaque xxv. annis potest esse procurator, sed non defensor. Ita rectius mihi sentire videtur Cuiac. ad tit. de diuers. præscr. c. 29. & lib. Obs. 22. c. 16. quam Wesem. in parat. de procur. Approbat hanc sententiam Specu. tit. de procu. §. 1. num. 8.

ASSERTIO L.

*In capitalibus iudicijs procurator ad accusandum aut defendendum interuenire non potest, nisi in casu ubi absens damnari potest, aut ad allegandas causas absentia.*

**I**N criminalibus ex parte actoris frustra interuenit procurator ad crimen persequendum. l. pen. §. ult. de pub. iud. l. 3. C. de ijs qui accus. non pos. arg. l. ult. C. de iniur. vbi permittitur illustribus tantum personis in causa iniuriarum ad accusandum

fundum procuratores dare, itaque in cæteris lex vetat. l. cum prætor. de iudic. Ratio redditur ex parte actoris, quia in criminalibus causas actores non agunt suum negotium, sed publicam vtilitatem exequuntur, vt coercerentur delicta, quæ publicè interest non manere impunita. l. ita vulneratus. de Adl. Aquil. Cum autem accusatoris priuatim nihil interest, sed agit vt quis de populo, procuratorem dare non potest, l. non cogendum 45. §. 2. de procur.

Obijcitur quòd actio iniuriarum vindictam criminis persequatur, & tamen licet in ea procuratorem dare, l. prætor. §. 1. de iniur. l. licet 42. §. 1. de procur. Resp. Hæc actio principaliter persequitur pœnam pecuniariam, quam actor petit sibi dari. §. pœna §. pen. Inst. de iniur. Ideoque actio iniuriarum rectè per procuratorem intentatur, quando ciuilitè exercetur, non cum criminaliter ad pœnam corporalem, vel pecuniariam fisco applicandam intenditur.

In criminalibus pro Reo procurator interuenire non potest. d. l. pen. §. ult. Ratio est, quia non oportet iudicia reddi elusoria. l. si prætor. de iudic. Quod fieret, si liceret reo abesse, & procuratorem dare, nam si reus sentiret duriolem sententiam in se constitutum iri, absentaret se, & procuratorem constitueret.

Opponitur l. seruum 33. §. publicè de procur. vbi dicitur, defensionem absentis etiam in publicis iudicijs admitti. Resp. Vlp. loquitur de ea defensione, quòd procurator dari possit in eum finem, ne statim damnetur reus, non vt absoluator, sed vt sententia iudicis differatur, donec reus reuertatur, hoc est, ad allegandas causas absentia, non autem ad principalem causam discutendam. l. inter 10. de pub. iud. l. absens 71. de procur.

Obijcitur secundo l. 4. §. pen. ad l. Cor. de sic. ex qua colligitur, reum capitalis criminis absentem etiam in causa principali per procuratorem defendi posse. Resp. Toties potest procurator ex parte rei in capitali crimine interuenire, quoties reus absens damnari potest. Tum demum autè absens damnatur, cum reo præsentè lis contestata est. h. e. cum inter reos receptus



est, qui soli possunt absentes damnari. d. l. inter. l. adulteram 13. C. Ad l. Iul. de adul. vbi dicitur, cognitione criminis suscepta, hoc est, lite contestata, posse reum absentem damnari. Itaque vbi rei tempore litis contestatae iudicio interfuerunt, & postea eos abesse contingat, tunc quia possunt absentes damnari, possunt etiam pro absentibus interuenire procuratores ad principalem causam defendendam. arg. l. quamuis indubitati. C. Ad l. Iul. de adul. Verum quia ante litem contestatam absente reo non potest ad criminis principalis condemnationem iudex peruenire, sed tantum ad annotationem & obsignationem bonorum rei proceditur, l. vlt. ff. de requ. vel abs. dam. l. absentem. C. de accus. ideo non potest procurator interuenire pro reo ad defensionem criminis ante litem contestatam. Cuiac. lib. Obs. 20. c. 11. 20. & 21. Rober. lib. 2. rec. fen. c. 3. Communiter à DD. in hoc articulo ita distinguitur. Aut crimen tale est, ex quo sequi potest poena corporalis, saltem vsq. ad relegationem, & tunc non licet procuratorem dare: sin autem est poena pecuniaria vel relegationis, dare licet. l. absentem. ff. de poen. l. 1. ff. An per al. caus. app. Et hanc sententiam in praxi seruari testatur Clarus lib. 5. §. fin. q. 32. §. hæc autem.

## ASSERTIO LI.

*Procurator totorum bonorum non potest res domini vendere, neque transigere de rebus domini, sed procurator datus cum libera potestate, potest.*

**H**ANC thesin confirmat l. procurator cui 58. cum l. seq. l. mandato 60. & l. procurator totorum 63. ff. de procur. l. qua ratione 9. §. 3. ff. de acq. re. do. l. rescriptum. §. vlt. & l. seq. ff. de pact.

Obijcitur l. contra 28. §. 1. ff. de pact. l. si consensit. §. videbimus. ff. Qu. mo. pig. sol. quæ innuunt procuratores etiam cum libera potestate constitutos, non posse transigendo ius domini remittere, seu res eius alienare. Resp. Aut transactio fit super dubio & cōtrouerso iure domini, & tunc potest procurator cum libera, transi-

transigendo domino nocere. l. præses. C. de transf. d. l. rescriptum. §. fi. & l. seq. Aut transactio seu pactum fit de causa & re certa, & tunc procurator transigendo, certum domini debitum remittere non potest. d. l. mandato. Hæc distinctio expressè comprobatur per l. præses. C. de transf. vbi statuitur, quod administrator ciuitatis transigere non potest donationis causa, seu ambitiosè & gratiosè certum domini debitum remittere, sed tamen super iure dubio paciscendo, domino nocere potest. Atqui administratores Reipub. dicuntur habere mandatum cum libera administratione. l. item magistri 14. ff. de pact. Ergo & procuratoribus cum libera potestate idem conceditur.

Secundò huic decisioni, quod procurator datus cum libera, res domini alienare possit, (quæ in d. l. procurator 58. & d. l. qua ratione, disertè fundatur.) videntur obitare d. l. procurator totorum. & l. procuratorem 36. C. de procur. quibus affirmatur, quod solus procurator, qui habet speciale mandatum, res domini alienare potest. Itaque etiam procuratori cum libera res domini alienandi facultas interdicta est. Resp. Prædictæ leges ita accipiendæ sunt, vt procurator generalis omnium bonorum simpliciter constitutus, tantum excludatur: nam ille res domini alienare nequit, nisi fructus & alia mobilia, quæ faciliè corrumpi possunt. d. l. 63. Procurator verò cum libera datus, res domini vendere potest, modo id faciat animo administrandi, non donandi vel dilapidandi. l. creditor. §. vlt. ff. Mand. l. filiusfa. ff. de don. d. l. qua ratione. Ratio est, quia procurator qui habet speciale mandatum, & procurator datus cum libera, æquiparantur l. si quis hac. 47. §. vlt. ff. de rei vend. Et hæc distinctio inter procuratorem omnium bonorum, & procuratorem cum libera, communiter à DD. recepta est, teste Costal. in d. l. 58. eaque comprobatur in c. qui ad agendum. de procur. in 6. licet eam conuellere conetur Baro in d. l. mandato.



## ASSERTIO LII.

*Procurator ex contractibus gestis procuratorio nomine, tenetur etiam finito officio.*

**C**ONFIRMATUR hæc thesis in l. seruum Titij 49. vers. & puto. ꝛ Mand. l. si literas. C. eo. l. procurator qui 67. ꝛ de procur. vbi traditur, quod in procuratorem de contractibus ab eo gestis fiat executio, etiam finita potestate. Sicut enim est in arbitrio contrahentis cum procuratore vel magistro nauis, vtrum cum infitorem vel magistro nauis, an cum domino seu exercitore velit experiri. l. i. §. est autem. ꝛ de exer. act. ita liberum est ei qui cum procuratore contraxit, in procuratorem vel dominum agere. Si tamen qui cum procuratore contraxit, contemplatione solius domini contractum inijt, solus dominus conuenitur, non procurator. l. si pupilli. §. i. ꝛ de neg. ges.

Obijcitur l. vlt. ꝛ de inst. act. vbi infitor qui constituit se soluturum nomine domini, finito officio non tenetur. Resp. Ibi infitor non obligauerat se pro domino, neque constituerat se debere, sed tantum ad probandum infitoris officium, quod scilicet mensa nummularia sibi à domino esset commissa, scripserat certam summam ex mensa domini aduersario deberi; ideoque ex tali epistola, quã non ad se obligandum, sed fidem mensa ostendendam scripsit, conueniri non potest. Castren. in d. l. vlt. Vel respondendum cum Costalio in l. Plautius. ꝛ de procur. quod infitor ibi non ex contractu, sed ex simplici confessione conueniebatur. Diuersum autem obtinet in tutore quã procuratore: nam tutor de contractibus ab eo nomine tutorio gestis, finito officio non tenetur. l. 5. §. i. ꝛ Quan. ex fac. tut. l. i. C. eo. l. cum queritur. C. de adm. tut. Ratio diuersitatis est, quod tutor inuitus ex necessitate muneris publici obligatur, procurator verò se pro domino voluntariè obligat, vt rectè notat Accur. in d. l. procurator qui. per d. l. cū quædam. Quod si tutor proprio nomine contraxit, tunc finito officio, fit etiam contra eum executio. d. l. 5. §. i. l. tutores 39. §. aduersus ꝛ de adm. tut. l. pen. C. Si tut. vel eur. interu.

## ASSERTIO LIII.

*Procurator præcisè non cogitur dominum defendere.*

**A**NCEPS & difficilis à DD. mouetur quæstio, An procurator præcisè cogatur iudiciũ suscipere, & dominum defendere. In qua quæstione latè se implicat Accur. in l. sed & hæ. 35. §. vlt. ꝛ de procur. Et verior est sententia, quod procurator quamvis satisfecit de iudicato soluendo, & defendendo, tamen non cogitur districtè dominum defendere, sed sufficit actori, quod possit agere ex stipulatione iudicatum solui, quæ comittitur ad interesse ob rem non defensam. l. mutus 43. §. vlt. cum ll. seq. ꝛ de procur.

Obijcitur l. filius fam. 8. §. vlt. ꝛ de procur. Vbi dicitur, quod procurator pro quo consentiente & sciente dominus satisfecit iudicatum solui, cogatur iudicium accipere, & dominum defendere, nec liberatur præstando id quod interest domini, litem non esse defensam. Resp. sub distinctione. Aut ipse procurator satisfecit de iudicato soluendo, & defendendo, & tunc non cogitur præcisè dominum defendere, sed satis est committi stipulationem ob rem non defensam, ad interesse. l. non cogendum 45. ꝛ de procur. sufficitque eum teneri domino actione mandati ad interesse. §. mandatum. Inst. manda. Aut dominus satisfecit pro procuratore presente & sciente, iudicatum solui, & tunc districtè cogitur procurator defendere d. l. 8. §. vlt. l. si defunctus 15. ꝛ eo. Ratio est, quia cum dominus cauit pro procuratore, tunc merito Prætor potest compellere procuratorem, vt præcisè defendat, & iudicium accipiat, ne scilicet simul & actor & dominus, quibus vtrisque fidem præstitit procurator, decipiantur.

Secundò aduersatur l. seruum 33. §. vlt. & l. sed & hæ. 35. §. vlt. ꝛ de procur. vbi dicitur, procuratorem teneri dominum defendere, eumque cogi ad iudicium accipiendum. Resp. Illæ leges de procuratore actoris loquuntur, quod scilicet procurator qui alicuius nomine agit, cogitur eiusdem etiam defensionem suscipere, si procurator actoris a reo reconueniatur, nec libera-



tur praestando quanti ea res est. Aliud obtinet in procuratore rei, qui non cogitur districtè iudicium accipere, sed sufficit committi stipulationem iudicatum solui, ob rem non defensam.

ASSERTIO LIV.

*Si dominus factus est non soluendo, procurator non tenetur eum defendere.*

**P**ROCURATOR qui satisdedit iudicatum solui pro reo, non est cogendus iudicium accipere, si dominus factus est non soluendo, vel bona eius possessa sunt à creditoribus. Inopia enim rei principalis siue domini excusat procuratorem à defendendo. tex. est expressus in l. mutus 43. §. ult. de procur.

Sed aduersatur grauitè l. Titius, antep. 7. eo. Vbi dicitur, quòd defensor qui satisdedit iudicatum solui, tenetur omninò dominum defendere, etiamsi dominus desijt esse soluendo. Resp. ex distinctione Bartoli in d.l. Titius. Aut quis sine mandato se liti obtulit pro domino absente, & hic necessariò obligatur ad defendendum, neque iudicium recusare potest, siue dominus sit soluendo, siue non. Ratio est, quia in defensorem, qui se iudicio sine mandato obtulit, fit executio sententiae, l. Plautius 61. 7. de procur. l. 4. in prin. 7. de re iud. Praeterea defensor postquam satisdedit iudicatum solui, censetur dominus litis, & omne periculum ad eum pertinet. Ita accipienda est d.l. Titius, quòd scilicet loquatur de defensore, qui scilicet sine mandato interuenit pro reo, quòd necessariò iudicium suscipere cogatur. Aut quis cum mandato se obtulit alicuius defensionis, & eo casu procurator, domino effecto paupere, defensionem iuste recusare potest, quia in eum non fit executio iudicati. d. l. 4. Inopia enim domini, est iusta causa non defendendi, in procuratore. Ita soluunt hanc antinomiali Bart. & Costal. ad d.l. Titius. Ex quo notanda est insignis decisio, quòd scilicet regulariter censetur tacitè reuocari mandatum, si dominus vel procurator deserint esse soluendo, vel coeperint labi facultatibus.

l. cum

l. cum quis 38. in princ. l. si cum Cornelius 82. & ibi Bart. 7. de solu. tex. notab. in l. liberto. §. largius. 7. de ann. legat. Wes. ad tit. de procur. num. 11.

ASSERTIO LV.

*In actionibus famosis procurator interuenire potest.*

**Q**UOD in iudicijs famosis procurator licitè interuenire possit, manifestè ex eo probatur, quòd alieno nomine puta procuratorio possit quis ex causa famosa condemnari. l. tui §. 1. 7. de his qui not. inf. Idem ostendit apertè Paulus in l. licet 42. §. 1. 7. de procur. vbi in actione iniuriarum, quae ex lege Cornelia descendit, admittit procuratorem, quòd iudicium infamat.

Opponitur huic sententiae l. non solum 39. §. fin. 7. de procur. vbi in accusatione suspecti tutoris, quae famosa nimirum obdolum esse potest, l. C. putat procuratorem non facile admittendum. Resp. Aut certa poena in famosis actionibus vertitur, quae vsque ad relegationem extendi potest, & tunc admittitur procurator. d. l. licet. §. 1. l. 1. 7. An per al. caus. app. Sic si agatur crimine suspecti tutoris, in hoc tantum, vt tutor à tutela remoueatur, & infamia notetur, procurator recipitur. Aut poena arbitraria est, vt cum suspecti crimen intentatur, vt tutor puniatur corporaliter: quòd fieri potest, si improbè grassetur in bonis pupilli, eaue fraudulentè diminuat. l. 1. §. ult. & l. seq. 7. de susp. tut. l. 1. §. solent. 7. de off. praef. urb. & tunc procurator repudiat. Wesem. ad tit. de procur. in parat. num. 5. Bart. ad l. pen. §. ult. 7. de pub. iud. Similiter si agatur actione iniuriarum pro atroci iniuria, ex qua etiam poena corporalis infligi potest. l. ult. 7. de iniur. non potest interuenire procurator, ne iudicia reddantur elusoria, & maleficia maneant impunita. arg. l. ult. C. de iniur. vbi in actione iniuriarum criminaliter mota, ex speciali privilegio conceditur illustribus personis, vt per procuratorem possint litigare, ergo alijs hoc est interdictum.

Secundò repugnat, quòd iudicia famosa capitalibus & equiparantur.



rantur. l. iusta. vbi Glof. de man. vind. Atqui in capitalibus causis non admittuntur procuratores, ergo nec in famosis. Resp. Hoc quod dicitur causam famæ comparari iudicio capitali, non simpliciter verum est, sed secundum quid, puta in delatione iuramenti, item in restitutione in integrum, propter metum, tam vitæ, quàm famæ alicuius illatum. l. isti quidem 8. Quod me t. caus. Wes. d. loco.

ASSERTIO LVII.

*Qui propria auctoritate, & sine iudice sibi ius dicit, vel per vim quod suum est, vel sibi debetur, aufert, ius suum amittit.*

**P**ROBATUR hæc conclusio in l. extat. Quod me. caus. l. pen. & ult. Ad l. Jul. de vi priuat. l. si quis in tantam. C. Vnde vi. Ratio huius decisionis est, quia non est singulis permittendum, quod per magistratum publice fieri debet. l. non est singulis 176. de R. I. Ideo enim iudiciorum vigor, iurisque publici tutela in medio posita est, ne quilibet priuatus sibi ipsi permittere valeat vltionem. l. nullus 13. C. de Iudæ.

Obijcitur primò huic assertioni l. quemadmodum 29. §. 7. ad l. Aquil. vbi permittitur domino propria auctoritate, etiam iudice non adito quod in suo ædificatum est, tollere vel destruere. Resp. Quod dicitur, non licere suum sine iudice ab alio auferre, intelligendum est de eo, qui non possidet, alioqui si quis rem possideret, & in ea aliquid fieret, posset propria auctoritate, quod in suo positum vel ædificatum est, destruere, aut rem occupare. l. si in area 33. de cond. inde. Costal. ad d. l. extat.

Secundo obijcitur l. in princ. Quod legat. vbi legatarius qui propria auctoritate sine voluntate heredis legatum occupat, tenetur quidem interdico, quod legatorum, vt heredi possessionem rei legate reddat, quo is Falcidiam detrahat; sed tamen legatum non amittit. Resp. Ideo non amittit legatum, quia id occupauit, antequam possessio legati per heredem esset apprehensa. Quamdiu enim heres non apprehendit rem hereditaria-

rum

rum possessionem, censetur adhuc possessio vacare, & apud nullum existere. l. 1. §. Scauola. Si quis test. lib. Vnde si legatarius post aditam hereditatem, & apprehensam possessionem rei legate, legatum occupet, aut subtrahat heredi; legatum amittit. l. non est dubium. & ibi gl. C. de legat. Gomez. tom. 1. var. resol. 12. de legat. num. 10.

Postremo putat Accur. licere creditori sine iudice pignus occupare ex pacto, idque omnes interpretes sequuntur. per l. pen. C. de pign. act. Quod erroneum est, vt traditur in l. 3. C. de pign. vbi dicitur, quod quauis inter debitorem & creditorem conuenit, vt liceat creditori propria auctoritate possessionem pignoris ingredi, tamen cum auctoritate magistratus id facere debet. Nec facit pro Accur. d. l. penul. nam ea accipienda est de conventionione, qua creditori possidenti pignus, concessa est à debitore facultas vendendi: quod pactum facit, vt debito soluto necesse non sit debitori pignus restituere, sed vt creditor possit pignus auferre, id est, alienare.

ASSERTIO LVIII.

*Si dolus dat causam contractui bonæ fidei, contractus est ipso iure nullus. In stricti autem iuris contractibus, siue dolus dat causam, siue incidit, contractus ipso iure subsistit, sed doli actione vel exceptione vindicatur.*

**I**n bonæ fidei contractibus, quoties dolus dat causam contractui, hoc est, si doloso consilio ad contrahendum quis inducitur, qui alias non erat contracturus, non habet locum actio doli ad rescindendum contractum, sed contractus ipso iure nullus est. l. & eleganter in princ. in verb. nullam esse venditionem, si in hoc ipso vt venderet, circumscriptus est. de dolo. l. 3. Pro soc. l. in causa. 2. §. 1. de min. Ratio est, quia talis contractus cum fundamento careat, scilicet bonæ fidei, subsistere non potest: nihil enim tam contrarium est bonæ fidei, quàm dolus. d. l. 3. In stricti iuris contractibus, siue dolus det causam, siue incidat in contractum, contractus ipso iure subsistit, sed actione vel

K

exce-



exceptione doli opus est ad dolum vindicandum. l. dolo. C. de inut. stip. l. 22. & 36. de V. O. d. l. & eleganter. §. non solum.

Pugnat autem primò grauius cum hac thesi l. si dolo. C. de resc. vend. vbi venditio dolo extorta rescindi dicitur, ergo contractus ipso iure subsistebat, quia quod nullum est, rescissione non eget, l. 1. §. de iniur. rup. irr. Resp. cum Cuiac. ad d. l. & eleganter, quòd contractus bonæ fidei, cui dolo dedit causam, non rescindatur actione doli, sed declaretur tantum nullus officio iudicis, & reuocentur data & tradita per conditionem sine causa, seu rei vindicationem. l. cum ab eo 41. §. vlt. §. de con. emp. Ex nullo enim & inutilli contractu dominium non transfertur, licet transeat possessio. l. 1. §. si vir. §. de acq. poss.

Secundò obstat l. si res aestimata 12. §. 1. §. de iu. dot. vbi mulier, quæ fuit circumuenta, vt seruum doti daret, agit actione de dote serui nomine, vbi competit actio ex ipso contractu dotis dolo inito: ergo contractus valet. Resp. Mulier non fuit principaliter dolo inducta vt dotem daret, quia tunc contractus ipso iure nullus fuisset, sed fuit decepta in traditione, quam dotis causa fecit, seu in pretio serui in dotem dati, qui minoris aestimatus est, quam valebat.

Tertio obijcitur, quòd contractus metu initus, non est ipso iure nullus, sed per actionem quod metus causa rescinditur. l. 3. 4. 5. & 8. C. Quod met. caus. Ergo & contractus, quibus dolo causam dedit, non sunt ipso iure nulli, quia in metu dolo inest. l. item si cum 14. §. eum qui. §. Quod met. caus. Resp. In metu dolo inest: aliud tamen est metus, aliud dolo. Metu cogimur. l. 2. §. Quod met. caus. dolo verò decipimur. l. 1. §. de dolo. Præterea metus propalam infertur, dolo verò per insidias. Denique quod metu contractum est, id habet vrinque consensum, l. si mulier. §. pen. §. Quod met. caus. At in dolo non inest consensus, quia aliud agitur, aliud simulatur. l. 1. §. de dolo.

Postremò notandum, quòd si incidat dolo in contractum bonæ fidei, tunc actione ex ipso contractu, vel exceptione doli, quæ iudicij bonæ fidei inest, dolo purgatur. Vt puta si dolo fiat, vt res pluri ematur, vel minoris vendatur, tunc perstabit contractus, sed agatur ex emto vel vendito, quanti pluri vel minoris

minoris res vendita vel emta fuisset, si dolo non interuenisset, d. l. & eleganter. §. non solum. l. si quis 9. §. de dolo. l. Iulianus. §. si venditor. & seq. §. de act. emp. Baro ad tit. de societ.

Quartò obijcitur l. ex emto 11. §. si quis virginem. §. de act. emp. vbi dicitur si quis virginem emere volenti, mulierem dolo vendidit, quam non emisset, si sciuisset esse corruptam, quòd detur actio ex emto, vt resoluta contractu pretium reddatur restituta muliere. Vnde videtur, contractum venditionis cui dolo causam dedit, valere, alioqui non daretur actio ex emto. Resp. Quòd venditor dolo non induxit emtorem ad emendum, sed emtor putauit errore se emisisse virginem, & venditor in eo errore passus est eum hæere, non autem affirmauit eam esse virginem. Dolo ergo hic non vindicatur, sed error corrigitur resoluta emtione.

ASSERTIO LVIII.

Actio doli non habet locum, vbi alia superest.

**P**RÆTOR ita demum dat actionem de dolo, si alia actio non competit, hoc est, si nullum aliud rei suæ conseruandæ, aut recuperandæ remedium superest, l. 1. §. verba. §. de dol. ma. l. 2. C. eo. Est enim hæc actio subsidiaria, quæ ita demum datur, si aliæ omnes actiones deficiant. l. & eleganter. in pr. §. d. t. Ratio subiungitur in d. l. 1. quia non temerè debuit à Prætorè tam famosa actio decerni.

Obijcitur primò l. item si eum 14. §. eum qui. §. Quod met. caus. vbi dicitur actionem quod metus causa, concurrere cum actione de dolo. Resp. Quòd is qui metum intulit, possit quidem etiam actione de dolo conueniri, sed tamen humanius facturus est Prætor, si actionem de dolo non decernat, vbi alia competit, quæ non est famosa. l. Diuus. §. de in int. rest. Baro ad d. §. eum qui.

Secundò vehemens est in hac quæstione pugna, inter l. arbitrio §. si dominus. §. de dolo. & l. repeti §. vlt. §. Qu. mo. v. f. §. amitt. l. §. si dominus, asseritur, quòd quando dominus proprietari-



prædatis domum, cuius ususfructus alteri legatus est, demolitus est, vel incendit, non competat actio de dolo, quia dantur alia actiones, scilicet actio legis Aquilæ, vel ad exhibendum, si possidens proprietarius exussit. Sed in d.l. repeti. §. vlt. dicitur, si in area, cuius ususfructus legatus est, dominus posuit ædificium, quod detur actio doli. Resp. Diuersa sunt hæc, cum dominus proprietatis exussit ædes fructuarias, & cum ædificium in area fructuaria posuit. Ædibus exussis competit fructuario actio l. Aquilæ l. sed & si 12. ¶ ad l. Aquil. Sed posito in area ædificio, non competit actio l. Aquilæ, quia areae damni nihil datum est, itaque ante traditionem ususfructus competet actio ex testamento, tradito verò areae ususfructu, dabitur actio de dolo. Gouean. lib. 1. Var. lect. c. 38. Cuiac. ad d. §. si dominus.

Tertiò aduersatur l. si heres 110. de leg. 1. vbi traditur, quod heres, qui seruo in genere legato, sciens legatario tradidit seruum furtis noxisque adstrictum, quod competat legatario actio de dolo. Atqui in eodem casu concurrat actio ex testamento. Si enim homo generaliter legatus sit, & heres dedit seruum furtis obnoxium, conueniri potest actione ex testamento ob euictionem, quod dederit talem seruum, quem habere non liceat, qui poterit legatario auferri ex causa noxali. l. si à substituto 43. §. 1. l. si domus 71. §. 1. de leg. 1. l. heres seruum 58. ¶ de euict. Resp. Quod dicit Africanus in d.l. heres, teneri heredem, qui sciens legatario furem præstitit, actione de dolo, in eo postea se ipsum corrigit, & ait potius esse, ut competat actio in factum, vel ex testamento. Non igitur dabitur actio doli, quæ est subsidiaria: sufficit enim actio ex testamento, quæ legatarius agit contra heredem, ac si nihil dedisset, ut alium frugi & probum seruum præstet, quem habere liceat, & furem quem dederat ex legati causa, pro noxæ deditioe relinquat. Ita notat eleganter Cuiac. ad d.l. si heres. in tract. ad African.

Quartò aduersatur l. 1. C. de dolo. vbi dicitur, si fideiussor emit à creditore pignora, quod ea debitori restituere cogatur per actionem de dolo, cum tamen eo nomine competat actio mandati. l. si mandato Titij 59. §. 1. ¶ Manda. Resp. Hoc non est intelligendum de prætoriam actione de dolo, quæ subsidiaria est actio,

sed de mandati actione, cui ut omnibus bonæ fidei iudicijs, doli actio inest. In directis enim bonæ fidei actionibus agitur de fide rupta. l. ei apud quem. ¶ de pos. l. ad comparandas. C. Manda.

Quintò pugnat rei quam venalem 33. ¶ de dolo. vbi dicitur, quod qui lite alicui mota, eripuit ei vendendi occasionem, tenetur actione in factum, cum tamen eo casu actioni de dolo locus esse videatur, propter commissum dolum. Resp. Competit eo casu actio de dolo, si appareat id callidè factum: si verò dolus absit, datur actio in factum de indemnitate. Cuiac. ad d.l. 33.

Sextò ex contractu innominato facio ut des, competit actio doli. ut probatur in l. 5. §. quod si faciam. ¶ de præf. ver. & l. cum proponas. C. de dolo. Verum huic sententiæ è diametro repugnans l. solent. 15. ¶ de præf. ver. & l. cum mota. C. de transf. vbi traditur quod ex contractu facio ut des, detur actio præscriptis verbis. Ad l. solent, respondetur, Quod ibi dicitur, dari actionem præscriptis verbis, mox in sequentibus verbis corrigitur, dum subiungit I. C. nisi si quis in hac specie competere de dolo actionem dicat. Hæc particula nisi corrigit, ut & in l. si mihi purè. de leg. 2. Ita notat Cuiac. ad l. 7. ¶ de pact. Ad l. cum mota, respondetur, quod ibi initus fuit contractus, do ut facias: hæc scilicet formula, do tibi partem bonorum ut à lite discedas.

Septimò si debitor à creditore deceptus est, ut eum liberet, de dolo actio est. l. 1. §. pen. ¶ de dolo. l. 4. l. sub prætext. C. de transf. Sed obiicitur, quod etiam in hac specie datur condictio causa dati, causa non secuta, & actio præscriptis verbis, l. si quis accepto. ¶ de cond. caus. dat. l. si ob eam. ¶ de præf. ver. Resp. His actionibus locus est, cum debitor certa lege liberatus, postea fidei fallit. Actione de dolo experimur, cum in extorquenda liberatione debitor creditorem fecellit.

Octauò & vltimò si dolo aduersarij dies actionis exierit, de dolo agitur. l. 1. §. idem Pomponius ¶ de dolo. Sed obstat l. ait Prator, §. vlt. & l. seq. ¶. Ex qu. caus. maio. quæ videtur hoc casu actori in integrum restitutionem dare. Resp. Ibi restitutio contra eum datur, qui id facit, ne omnino secum agi posset. Potest autem quis secum agendi potestatem facere, & tamen iudificationibus,



tionibus, dolosisque persuasionibus id efficere, vt dies actionis prætereat, vt si falso persuadeat heredi, diem nondum in eo esse, vt breui exiturus sit.

## ASSERTIO LIX.

*Uniuersitas seu Respub. ex delicto obligari  
& conueniri potest.*

**E**TIAM uniuersitas delinquere, & ex delicto conueniri potest. Sic potest populus, ciuitas, vel collegium, metum vel iniuriam alicui inferre, si scilicet conuentu habito vim fecerit. l. metum 9. §. 1. ff. Quod met. caus. Licet enim uniuersitas per se considerata sit fictum & imaginariū quoddam corpus, quod neque animam neque intellectum habet, ideoque consentire & delinquere non posse videatur, per l. 1. ff. de libert. uniuers. tamen eo non obstante in multis legibus affirmatur, uniuersitatem delinquere. d. l. 9. §. 1. Auth. item nulla. C. de epil. & cler. Similiter & per eos quibus sum. Reipub. commissa est, vt sunt decuriones, syndici, omnia agere potest ciuitas, vnde & per eos delinquere intelligitur. l. municipes. 14. ff. ad Munic. l. 1. in fi. & l. seq. ff. ad Munic. Tum demum autem uniuersitas ex delicto tenetur, quando communicato consilio, & præcedente deliberatione, vel ipsi rectores uniuersitatis, vel maior pars populi delinquit. Quod enim maior pars publice facit, per uniuersos factum censetur. l. aliud §. refertur. ff. de R. I.

Sed obijcitur l. sed ex dolo. 13. §. 1. ff. de dolo. vbi dicitur, in municipes non dari actionem de dolo, & additur ratio, quia municipes nihil dolo facere possunt. Hæc antinomia hoc modo conciliari potest. Aut uniuersitas, vel maior pars ciuitatis delinquit communicato consilio, vel præcedente conuocatione populi, & tunc uniuersitas ipsa ex delicto tenetur. Ita accipienda est d. l. metum. §. 1. fa. l. semper. §. si in sepulchro. ff. Quod vi aut clam. Aut pars aliqua populi sine communicatione consilij, & præcedente conuocatione delinquit, & tunc uniuersitas non obligatur ex delicto: quia non uniuersitas, sed particulares aliquot

aliquot ciues proprio motu deliquisse censentur. d. l. sed ex dolo. §. 1. & ibi Glos. Ideoque personæ delinquentes, nõ uniuersitas puniri debet. arg. l. sicut. §. 1. vbi ita distinguunt Bart. & Castren. ff. Quod cui. vni. no. Approbat Minf. cent. 4. Obs. 78. & 79.

## ASSERTIO LX.

*Minore restituto in integrum, fideiussores  
non sunt restituendi.*

**I**N hac quaestione, An minore xxv. annis restituto in integrum, fideiussores sint restituendi, ita est distinguendum. Aut minor deceptus est dolo aduersarij; & tunc fideiussoribus eius auxilium restitutionis datur. Aut minor circumscriptus est re ipsa, hoc est, lubrico ætatis; & tunc beneficium restitutionis non competit fideiussoribus. l. 2. C. de fideiuf. min. l. exceptiones. ff. de excep.

Opponitur l. si Titius & Scia. 48. ff. de fideiuf. Vbi dicitur, quod si quis vnâ cum minore fideiussit, & minor restituatur in integrum, quod restitutio pro fit confideiussori maiori, eò quod in partem tantum teneatur. Quod si restitutio illi non prodesset, in solidum obligaretur, quia regulariter qui cum alio fideiubet, à quo exigi nihil potest, tenetur in solidum. d. l. si Titius, in princ. §. si plures. Inst. de fideiuf. Resp. Ideò fideiussor qui cum minore fideiussit, tenetur pro parte, quia ignorauit illius ætatem. Quod si sciuit eum minorem esse, restitutio minoris ei non prodest: quemadmodum dicitur in eadem l. si quis pro alio cum muliere fideiubeat, quod muliere ab intercessione liberata, ipse teneatur in solidum, quia sciuit eam esse mulierem, & pro alio non posse fideiubere. Cuiac. lib. Obs. 10. c. 23.

Secundò obijcitur l. minor. 51. ff. de procu. vbi dicitur, quod si minor xxv. annis pro alio interuenit defensor in iudicio, & restituatur in integrum, quod fideiussoribus eius quoque subueniatur. Resp. Ideò ibi minore restituto succurritur fideiussoribus, quia aduersarius alium habet, in quem transferre possit iudicium: potest enim actor contra reum, pro quo minor interuenit defensor, ius suum saluum habere.



Tertio obijcitur l. si pupillus. 89. ff. de acq. her. vbi dicitur si pupillus se hereditate abstinat, succurri & fideiussoribus eius. Resp. Ideo succurritur fideiussoribus pupilli, cum pupillus se abstinet hereditate, quia ipso iure pupilli abstinent hereditate paterna, absque petitione restitutionis in integrum. Vnde quia pupillus post abstentionem ipso iure non est obligatus, nec fideiussores eius tenentur. l. 11. 12. & 57. ff. de acq. her.

Quarto obijcitur, quod sublata obligatione principali, tollitur & fideiussoria. Ergo cum obligatio principalis extinguitur per restitutionem, tollitur & fideiussoria. Resp. Per restitutionem in integrum non tollitur plane obligatio, sed exceptio quadam personalis contra eam minori conceditur, ratione aetatis: quod beneficium cum sit personale, non extenditur ad fideiussores. d. l. exceptiones.

ASSERTIO LXI.

*Liberi & liberi non restituntur in integrum*

**N**ova liberis aduersus patrem, neque libertis contra patronum datur restitutio in integrum, si quid cum his parentes vel patroni contraxerint, in quibus se lapsos sua imbecillitate, & lubrico aetatis circumuentos dicant, et est in l. vlt. C. Qui & adu. qu. in int. rest. Ratio est, quia quodam modo suggillari pudor & opinio parentum videtur, contra quos postulat restitutio. Honestius vero & melius est, qui bonique consulere adolecentem damnatum quod fecit, quam retractare, quod cum his personis gestum est, in quas etiam fraudis suspicio non cadit.

Aduersatur maxime huic enunciatio l. 1. ff. de dolo. & l. si superstiti s. C. eo. vbi traditur, quod si filij immodice lesi sunt fraude parentum, quod actio in factum liberis contra parentes datur, qua restituntur contra eorum circumseriptionem. Resp. sub distinctione. Aut restitui se petunt liberi ex ea parte edicti, quae doli nomine datur, & hoc casu propter dolum a parentibus adm.

admitti datur liberis actio in factum contra parentes, ne dolum illis sit in lucro. Aut liberi petunt se restitui ratione aetatis: & haec restitutio non datur contra parentes, quasi in liberorum rebus non sint rite versati.

Secundo obijcitur l. 3. §. ergo. & l. patri 27. §. vlt. ff. de min. vbi filij minores 25. annis restituntur in integrum contra parentes, ratione aetatis. Resp. Hoc procedit iure veteri, quod Iustin. abrogauit, per d. l. vlt. quae vna est ex 50. decisionibus, quae insertae sunt Codici post primam eius editionem, cuiusmodi pleraeque antiquo iuri derogant. Duaren. ad d. l. vlt.

Tertio opponitur l. 2. C. Si adu. rem iud. Vbi in causa patriae potestatis filius damnatus restituitur contra patrem. Resp. ut in praecedenti casu, quod derogatur huic legi per d. l. vlt. eo quod d. l. vlt. inter veteres dubitatum esse de hac quaestione proponat, & Imp. certum & indubitatum ius se definire asserat.

Quarto repugnat assertioni l. 2. C. Si adu. dona. vbi filio emancipato cui pater res mobiles donauerat, & deinde res sibi donatas patri in alium transferenti, inconsulta aetatis facilitate consenserat, datur restitutio in integrum. Resp. quod non detur restitutio contra patrem, sed contra tertium, in quem pater res prius filio donatas transtulit. Ita notat Accur. in d. l. 2. Postremo notandum, quod ex No. 155. vno adhuc casu liberis detur restitutio in integrum contra parentes, quando videlicet mater tutrix est liberorum, & postea transit ad secundas nuptias: tunc enim aduersus eam competit liberis restitutio, si male sit in tutela versata.

ASSERTIO LXII.

*Minor xxv. annis, ob iuramentum contractui appositum, priuatur restitutione in integrum.*

**C**essat beneficium restitutionis in integrum, si minor contractum iureiurando confirmauit: non enim potest minor quod gessit cum aliquo, retractare, si id iureiurando comprobauit. Ratio est, ne leges perfidia, & periurio ansam praebant. l. 1. & Auth. seq. C. Si adu. vend.



Quinque huic enunciato aduersantur. Primò graniter obstat l. non dubium. C. de legib. vbi dicitur, quoties quid lege prohibetur, tunc omne pactum, omnis contractus, omneque iuramentum contra eam legem interpositum, nullius est momenti. Ergo contractus cum minore iustus, si ei damnosus sit, iuramento confirmari non potest. Breuiter ita distinguendum est cum Bart. in d. Auth. Aut iuramentum interponitur à minore super contractu, qui nullus est iure communi tam inter minores quam maiores: & hic contractus iureiurando minoris non confirmatur. Vtputa si minor infra dimidium iusti precij rem suam vendidit, & iuratus contraxit, tunc nihilominus restituetur. Ratio est, quia iuramentum efficit, vt minor habeatur pro maiore. At maior hanc venditionem ratione immodicæ læsionis potest rescindere: ergo & minor iuratus poterit restitui, nisi specialiter promisit se ratione immoderati precij non contradicendum. Aut iuramentum accessit contractui, qui iure communi nullus est inter minores, valet tamen inter maiores, & tunc si iuramento minor contractum confirmauit, restitui nequit. Vtputa si minor prædia sua vendidit sine decreto iudicis, & iureiurando venditionem comprobauit, & hic contractus iureiurando confirmatur, & contra eum minor restitui nequit, quia iuramentum facit eum ex minore maiorem, atqui inter maiores hæc venditio prædiorum valeret. tex. est in d. l. 1. C. Si adu. vend. Ita tradunt Iaco. de Belui. ad tit. de pace iuram. firm. §. item sacramenta. In vsib. feud. Pinel. ad l. 2. C. de resc. vend. par. 3. c. 2.

Secundò aduersatur l. ult. C. de non nu. pec. vbi deciditur, quòd si debitor in chirographo confessus est se mutuo accepisse pecuniam, & promisit se illam redditurum, iuramento interueniente, quòd nihilominus debitori cõpetat exceptio non numeratæ pecuniæ. Resp. Idèd ibi competit debitori iurato prædicta exceptio, quia principalis obligatio literarum tacitam illam in se habet conditionem, si creditor pecuniam numerauit: ergo & iuramentum huic contractui appositum sub eadem conditione accipiendum est, quia iuramentum intelligitur secundum contractus naturam, cui apponitur e. veniens. & e. quemadmodum. ex. de iureiur.

Tertiò

Tertiò opponitur, quòd iuri quod quis ignorat sibi competere, nemo videtur renuntiare. l. mater. §. de inoff. test. Sed minor præsumitur ignorare beneficium restitutionis sibi competens, quia ætatis infirmitas ingerit eis ignorantiam iuris. l. regula. §. de lu. & fac. ign. Ergo propter iusiurandum minor non amittit beneficium restitutionis de quo non cogitauit, quia iuramentum non extenditur ad ea, de quibus non est cogitatum. l. ult. §. Qui satis. cog. Resp. In hoc casu propter ignorantiam iuris non subuenitur minori, ne legislatores videantur periurij auctores esse, ideoque propter summam iusiurandi auctoritatem minori iurato contrahenti denegatur restitutio.

Quartò obijcitur l. si ex falsis. C. de trans. vbi contra transactionem iuratam quis restituitur. Resp. Propterea transactio iurata ibi rescinditur, quia interuenit dolus aduersarij, qui falsis instrumentis decepit alterum, vt cum eo transigeret.

Postremò repugnat l. nam posteaquam. §. si minor. §. de iureiur. vbi minor xv. annis restituitur aduersus delatum iuramentum. Resp. Isti minor ipse non iurauit, sed delulit alteri iusiurandum; in quo si captus est, ei succurritur, quia ibi non permittitur periurium à minore.

### ASSERTIO LXIII.

*A sententia arbitri, sine poena facto compromisso, hodie non appellatur.*

**Q**VÆSITVM est ab interpretibus, An eo casu, quo ex sententia arbitri oritur actio & exceptio, hoc est, à laudo arbitri sine poena & nudo pacto assenti liceat appellare? Cuius quæstionis veritas vt melius elucescat, sciendum est quæ olim sententiæ arbitri, tum quæ hodie fit vis & potestas. Olim nulla fuit virtus & potestas sententiæ arbitri, neque vlla dabatur ex ea actio vel exceptio iudicati, qua ad executionem sententiæ victus cogi poterat: neque reo etiam vlla dabatur potestas, supplicandi, appellandi, seu ad arbitrium viri boni reducendi laudum, si nudo pacto esset electus arbiter, neque poena compromisso

L 2

missio



missio erat adiecta. l. 2. l. diem. §. stari. *¶* de arbit. l. 1. l. cum antea. C. eod. in verb. si pro actore calculus proponeretur, nihil ex eo procedere praesidi. Quod si poena adiecta erat compromisso, poene petitio supererat victori, non autem agi poterat, ut sententia praecise staretur. Auth. decernit. C. eo. d. l. 2. Si vero per stipulationem erat compromissum initum, sine poenae adiectione, tunc sufficiebat actio ex stipulatu ad interesse. d. l. diem. §. fin. & sic timore interesse, sicut & metu poenae, parebatur sententiae arbitri. Hodie sancitum est constitutione Iustini in l. cum antea. C. de arbit. ut si simplici pacto, sine poena initum sit compromissum, atque sententia arbitri ab utraque parte subscripta & homologata, vel tacite lapsu decem dierum sit roborata (vtpote quod neutra partium interea sententiae contradixerit) tunc ex sententia arbitri & actori in factum actio, & reo exceptio competat, sententiaque executioni mandetur. Hoc ergo casu an liceat appellare a sententia arbitri quaeritur? Bartolus novam tenens opinionem asserit appellari licere, in d. l. 1. Sed verior & crebrior est sententia, ex compromisso nudo pacto & sine poena inito, appellationi locum non esse. Bald. Salic. & Angel. in d. l. 1. quos laudat & sequitur Minf. cent. 4. Obs. 68. Baro ad l. sed et si *¶* de arbit. eaque communis est & approbata DD. opinio, teste Viuio lib. 2. com. opi. litera A. Ideo autem a sententia arbitri non potest prouocari, quia ante decem dies ad agendum sententia est inefficax, omnisque actio & executio cessat, ideoque frustra ab ea appellatur: post vero appellari non potest, quia tempora interponendae appellationis iam exierunt. Auth. hodie. C. de appel. Gl. in d. l. 1. & plenè in l. arbitro *¶* Qui satis cog. Adde quod generaliter Imp. in d. l. 1. & ante eum I. C. in l. 32. §. cum quidam. *¶* de arbit. dicant, a sententia arbitri appellari non posse: quod cum correctum non sit, cur stare prohibeatur, nulla est ratio.

Non obstat assertio in l. arbitro. *¶* Qui satis cog. ex qua colligitur, ab arbitri sententia appellari licere. Respondendum enim, quod ibi arbitri iussu iudicis a litigatoribus eliguntur, ideoque ab eorum arbitrio, uti a pedaneorum sententijs rectè appellatur, l. ex consensu. *¶* de appel. Diuersum est in arbitris compromissarijs, qui sine iudice a partibus eliguntur, quorum arbitrio neces-

sario

sario non statur, nisi homologetur. l. 1. l. ne in arbitris. C. de arbit. Ita est communis opinio contra Bart. teste Minf. d. loco. Illud singulariter notandum, quod si manifesta est iniquitas in sententia arbitri, tunc decepto exceptio doli datur contra sententiam, quae impedit laudum executioni mandari etiam post decem dies. d. §. cum quidam. Wesem. in parat. de arbit. in fi.

## ASSERTIO LXIV.

*Illiterati & iuris imperiti iudices esse non possunt.*

**M**AGNA in iudice requiritur sapientia & eruditio, quia cum aequi & iniqui sit arbiter, iusti atque iniusti discipulator: certè si hic leges, sacras constitutiones, & consuetudines, iuxta quas iudicare tenetur, ignoret, & aliunde rectè iudicandi formulam emendicare cogatur, grauem profectò iacturam, maximamque labem Reipub. adferet. §. 1. No. 82. de iudic. Vnde nemo probè iudicandi officio fungi potest, qui imperitus est seu expers literarum, seu qui pingere, vel legere nescit, hoc est enim literas ignorare. l. 3. §. fin. *¶* de accus. Confirmat hanc decisionem imprimis, quod legibus salubriter proditum est, ne iudex aliter iudicet, quam legibus scriptis, & moribus cautum est. §. 1. Inst. de off. iud. Auth. iubemus. C. de iudic. quam iudicandi regulam exequi non potest, qui planè indoctus est, & rudis literarum. Secundo confirmatur hæc sententia ex eo, quod iudex qui contra leges & constitutiones pronuntiat, litem suam facit, teneturque parti læsæ in veram aestimationem litis, si id dolo faciat: vel si per imperitiam, in id quod religioni iudicis æquum & bonum videbitur, l. filiusfa. *¶* de iudic. l. vlt. *¶* de va. & ext. cog. Ideoque legum scientiam iudex callere debet.

Opponitur l. certi iuris. C. de iudic. ex qua colligunt DD. illiteratos posse iudices esse, modo causarum peritiam ex diuturna experientia habeant. Resp. Hoc ex ea l. inferri non potest, quæ concedit militaribus hominibus iudicandi facultatem, modo vsum & peritiam rei controuersæ habeant. Non enim

L 3

imperi-



imperitis, vt vulgò creditur, iudicandi potestas ibi concessa est, quia tex. in d.l. certi, repugnat, dum ait, pro sui & legis scientia finem altercationibus imponant. Duo ergò in iudice lex illa expressè requirit, primò vt negotij peritiam habeat, deinde vt pro legis scientia causam dirimat. Quod autem dicitur, quòd iudices periti literarum esse debeant, de iudicibus datis vel pedaneis est accipiendum; non de magistratibus, seu ordinarijs iudicibus. Magistratus enim plerunque erant viri militares legum ignari, & ipsi non iudicabant, sed litigantibus iudices certos dabant. Itaque in magistratibus non requirebatur peritia iuris, quia assessorum prudentia & consilio causas terminabant. l. 2. ff. Quod quis. iur. Coraf. lib. 5. Misc. c. 19. Pedanei verò seu dati iudices periti erant *ῥάμωι τῆς κρίσεως*, sicut & adfessores. Itaque hi debent habere scientiam legum, non magistratus. Vnde & decisum est, quòd magistratus nouum vel iniquum ius statuentes, non reneantur edicto, Quod quisque iuris, &c. sed pedanei iudices seu adfessores, qui peritiam legum & vsus forensis habere cogebantur, si inique vel inperite iudicabant, in præfati edicti poenam incidebant, quòd in arte, cuius se peritos profitebantur, delinquerent. d. l. 2. l. 1. C. de assesso. Cuiac. ad No. 82. Hotom. in illust. quæst. qu. 26.

Postremò non aduersatur huic decisioni l. expertes. C. de decur. vbi dicitur, expertes literarum decurionis officio fungi posse, quia decuriones consilij publici gratia tantum creabantur, curamque & administrationem bonorum ciuitatis habebant, non autem iudicandi munus gerebant, l. pupillus 239. §. decuriones. de ver. sign. Coraf. d. loco.

ASSERTIO LXV.

*Minor annis xxv. modò sit exephæbus, hoc est, annorum xviii. iudex esse potest.*

**C**VM quæritur, an minor xxv. annis iudex esse possit, distinguitur inter magistratum seu iudicem ordinarium, & delegatum. Iudex delegatus esse potest si sit annorum xviii. Probatur hæc sententia in l. quidam 57. ff. de re iud. Vbi dicitur

dicitur sententiam à minore xxv. annis latam valere, si a minorum xviii. sit. Infra eam ætatem iudicare non potest, nisi datus sit iudex à Principe, quo casu videtur veniam ætatis concedere, vel defectum supplere, vel nisi litigantes in eum consenserint. d. l. quidam.

Obijcitur primò l. cum lege. 41. ff. de arbit. vbi dicitur, lege Iulia cautum esse, ne minor xx. annis iudicare cogatur. Resp. Cogi quidem non potest minor xx. annis, vt iudicet, & munus iudicandi, quod alias est necessarium, ei inuito non imponitur. l. vlt. §. iudicandi. ff. de mu. & hon. potest tamen si velit, esse iudex. Ex eo enim quod dicit lex Iulia eum non cogendum, colligitur eum posse iudicare, alioqui lex frustra caueret, ne cogeretur, quod omninò facere non posset. Goucan. ad l. 2. ff. de iurisd. Duar. ad d. l. quidam.

Et hæc in delegato iudice obtinent. Ordinarius iudex siue magistratus minor annis xviii. esse potest. Ratio assignatur in d. l. quidam: quia princeps concedendo ei magistratum, omnia ab eo facta valere decreuit.

Secundò opponitur l. ad Rempub. ff. de mun. & hono. & l. non tantum. ff. de decu. quibus dicitur, minorem xxv. annis decurionem creari non posse, & ad Reipub. administrationem inutiliter adhiberi. Resp. Decurio est senator municipij, custos gubernatorque ciuitatis, & præter suffragium quod præbet in consilio, habet curam administrationemque bonorum ciuitatis. Reipub. autem bona adolescentibus committi est periculosum, cum ne proprij quidem patrimoni administrationi censeantur idonei. l. 1. ff. de min. Illud denique notandum, maiorem ætatem requiri in arbitro compromissario, quam iudice dato: nam arbiter debet esse maior xx. annorum. d. l. cum lege. vbi dicitur non valere laudum latum ab arbitro minore xx. annis, & ex eo poenam non committi. Ratio diuersitatis est, quia grauius subest periculum in sententia arbitri compromissarij, quam iudicis: sententia enim iudicis multis remedijs potest corrigi, puta appellatione, supplicatione, & reculatione: arbitri verò sententia sola poenæ solutione potest euitari, neque ab arbitri sententia potest appellari. Igitur maior ætas requiritur in arbitro.



tro, ne partes incidant in promptum periculum, propter ignorantiam arbitratorum. Gl. in c. cum vicesimum, ex. de pot. & off. deleg. Denique sciendum, quod d. l. quidam, non sit accipienda de arbitris compromissarijs, sed de iudicibus delegatis, consentientibus litigatoribus à magistratu datis. Wesem. in parat. C. de arbit.

ASSERTIO LXVI.

*Ordinarius iudex iure civili recusari non potest, licet diversum in delegato obtineat.*

**C**ONTROVERSA fuit inter Martinum ac Bulgarum de recusatione iudicis ordinarij. Martinus voluit ordinarium æquè vt delegatum recusari posse. Bulgarus statuit, quod ordinarius iudex tanquam suspectus recusari non possit, vt videlicet penitus remoueat, sed tamen alium sibi adiungi pati cogetur: eaque communis est & recepta DD. sententia. Probatur hæc conclusio apertè ex No. 86. quæ nominatim statuit, præsidem, qui est ordinarius magistratus, non repudiari vt suspectum, sed alium ei adiungi, licet Auth. si verò C. de iudic. generaliter loquatur: sed ea Auth. ex d. No. 86. mutilatè est decerpta. Idem probatur ex No. de exhib. reis. §. sed & illud. vbi dicitur, quod reus possit suspectum iudicem recusare, vel alium petere ei associari, vt primum quidem ad delegatum, secundum Lapertissimi. C. de iudic. postremum verò ad Ordinarium referatur. ex d. No. 86.

Obijcitur, quod Prætor potest vnâ causam mandare alteri, si iustam causam suspicionis pars aduersa alleget; quod scilicet Prætor in eadem causa aduocatus fuerit ante susceptum magistratus officium. l. prætor. ñ de iurisd. Vnde videtur ordinarius iudex, qualis est Prætor, recusari posse. Resp. Quod ibi prohibetur iudicare Ordinarius, non remouetur tanquam suspectus, sed quia duo contraria in eandem personam concurrere non possunt, fungi videlicet aduocati, & iudicis officio. l. vlt. C. de assess. vt rectè explicat Gl. in d. l. apertissimi.

Secundò

Secundò obijcitur l. nemo. C. de iurisd. ex qua argumento à contrario sensu desumpto, colligitur, quod ordinariæ sedis cognitio ante litem contestatam, per recusationem iudicis suspecti possit declinari. Resp. argumentum à contrario sensu non valere, quoties existit absurdus intellectus, aut iuri contrarius. Præses Euer. in topic. in loco à contrario sensu. Itaque illa l. accipienda est in alijs fori exceptionibus, puta litis pendentia, prorogata iurisdictionis, incompetentiæ iudicis, & alijs similibus, quod scilicet illæ exceptiones fori declinatoriæ ante litem contestatam sint proponendæ.

Tertio vehementer obstat Auth. & consequenter. C. de sent. vbi simpliciter & generaliter dicitur, quod reus apud eundem iudicem actorem debet reconuenire, nisi eum ante litem contestatam recuset, quam Auth. in ordinario iudice loqui existimat Zazius. Resp. cum Gl. quod prima pars Auth. in ordinario procedat, quoad articulum reconventionis, posterius verò membrum intelligendum in iudice delegato, ex Auth. offeratur. C. de lit. contest. ex qua supplendum est, quod deest d. Auth. & consequenter. Vbi dicitur, reo permitti inducias ad deliberandum, vtrum petat alium iudicem associari, an verò repudiet eum, singula singulis referendo.

ASSERTIO LXVII.

*Judicium de re pendenti aut futura institui non potest.*

**P**ROBATVR hæc assertio in l. non potest 23. & l. non quem admodum 35. ñ de iudic. Sic non potest petere actor, quod sibi debetur sub conditione quæ nondum extat, sed adhuc futura speratur. Non enim potest actor intentionem suam fundare ex iure, quod ei post litem contestatam superuenit, ideoque alia interpellatione opus est. d. l. non potest.

Obijcitur l. sin autem 27. §. 1. ñ de rei vend. l. 4. & 41. ñ de pet. her. vbi in iudicium veniunt etiam ea, quæ reus coepit possidere post litem contestatam. Resp. Prædicta assertio intelligenda est, quando superuenit ius nouum ex parte actoris, post

M

litem



litam contestatam, hoc enim ad impetrandam condemnationem contra reum non proficit: secus si ex parte rei quid euenit, nam hoc sufficit ad condemnationem. Ratio est, quia actor meretur petitionem suam ex iure suo, non ex iure aduersarij. l. 1. §. 1. §. 1. Si pars her. pet.

Secundò pugnat l. si rem. §. ult. cum l. seq. de pig. act. Vbi debitor qui non soluto debito ineptè pignus à creditore repetierat, pendente iudicio offerendo debitum, confirmat sibi actionem pignoratitiam. Resp. Ibi superuenit ius nouum ex causa præterita, id est, ex obligatione pignoris præcedente iudicium.

Ultimò obijcitur l. in lege 40. de Adl. Aquil. vbi cum quidam deleuisset chirographum, ex quo pecunia mihi debebatur sub conditione, datur mihi contra delentem actio legis Aquiliæ, & sic actio competit de obligatione futura, antequam conditio sit impleta. Resp. Competit actio legis Aquiliæ ob deletionem præsentem, non autem indistinctè agitur lege Aquilia, sed ita demum, si metus sit, ne testes quibus chirographum probari possit, fortè moriantur, vel longè futuri sint absentes, & ita qui deleuit, interim rectè damnatur, sed tamen exactio differtur in euentum conditionis. Possunt enim testes ante acceptum iudicium etiam ad æternam rei memoriam examinari, si de morte vel absentia eorum probabiliter timetur. c. quoniam frequenter. ex. Ut lit. non contest. Costal. in d. l. in lege.

#### ASSERTIO LXVIII.

*Legati non possunt conueniri in loco legationis, ex contractu antea ibi inito.*

**L**EGATI si in loco legationis ante legationem contraxerint, non possunt ibi tempore legationis conueniri; sed priuilegium habent reuocandi domum, id est, possunt petere, vt causa ad locum, in quo habent domicilium, remittatur. l. 2. §. legatis. & §. seq. de iudic. Ratio est, ne à legationis officio, quod Reipub. causa suscipitur, priuatis negotijs & litibus auocentur. Quòd si verò in ipsa legatione contraxerint, hoc priuile-

priuilegium non habent, quia sibi imputare debent, quòd sua sponte sibi hanc obligationem iniunxerint. l. non alias 24. l. interdum 36. §. si. l. cum furiosus 39. §. 1. de iudic.

Sed in hoc articulo pugnat l. 8. de iudic. cum l. eum qui. §. Iulianus. de const. pec. In §. Iulianus dicitur, si legatus in legatione constituit se Romæ soluturum, id quod in prouincia debebat, quòd sic obligetur, vt ius reuocandi domum amittat.

Contrarium in d. l. 8. statuitur, vbi dicitur, quòd si quis constituerit in legatione, quòd ante legationem debebat, non cogi eum ibi iudicium pati. Resp. ex communi DD. sententia, quòd in d. §. Iulianus, nominatim actum intelligatur inter contrahentes, vt in loco legationis, Romæ puta, solueretur. Idque probant sequentia Vlpiani verba aduersariuè concepta, dum ait: Sed si non cum Romæ esset, sed adhuc in prouincia, constituit se Romæ soluturum. Quæ verba indicant etiam præcedenti casu actum esse, vt Romæ solueretur. Costal. ad d. §. Iulianus. Itaque distinguendi sunt tres casus. Aut legatus Romæ constituit se Romæ soluturum, quòd in prouincia contraxit; & tunc Romæ conueniri potest. Aut legatus in prouincia constituit se Romæ soluturum; & Romæ legationis tempore conueniri non potest, alio tempore potest. Aut Romæ se constituit soluturum simpliciter, non adiecto loco, quòd scilicet in prouincia contraxit; & tunc Romæ conueniri non potest, quia principaliter Romæ non contraxit, sed in prouincia: atqui constitutum semper imitatur originem prioris & veteris contractus. l. qui id quod. 34. de don. Cuiac. lib. Obs. 13. c. 17.

#### ASSERTIO LXIX.

*Vbi acceptum est semel iudicium, ibi & finem accipere debet.*

**V**BI acceptum est iudicium, id est, vbi lis contestata est, ibi & finem accipere debet. Vnde de emergente nouo priuilegio post inchoatum iudicium, aliò euocari aut deduci negotium, de quo agitur, nequit. l. vbi 30. de iudic. Itaque



que si quis post litem contestatam factus est alterius fori, ut si forte sit miles, clericus, vel scholasticus effectus, qui non possunt conueniri nisi in certo foro, non potest prætextu superuenientis priuilegij mutare forum, aut causam à iudicio, in quo lis cœpta est, auocare. Imò qui in ius vocatus est, nedum litem contestatus est, obueniente dignitate aut militia non potest mutare forum. Præuentio enim seu inchoatio cognitionis impedit mutatione fori. l. pen. de iurisd. l. si quis posteaquam. 7. de iudic.

Quatuor huic sententiæ obstant. Primò l. qui autem 12. Si qu. caut. iud. sist. ubi dicitur, quòd qui nouo priuilegio utitur in lite, non videtur in eadem causa sisti à fideiussoribus. Ergò post cœptum iudicium licet nouo priuilegio uti, & per consequens mutare siue declinare forum. Resp. Hæc consequentia non est firma. Potest quis nouo priuilegio uti, ut puta si debitor impetrauit inducias quinquennij à principe. l. 2. & l. vniuersa. C. de præc. Imp. off. At iudicio semel accepto non licet nouo priuilegio fori uti.

Secundò obijcitur l. 3. §. ad eò. C. Vbi Senat. vel clariss. ubi de delictis à Senatoribus commissis, potestas cognoscendi permittitur tantum sacro cognitori Principis, sed ius definiendi & pronuntiandi soli Principi datur. Resp. Hoc ius specialiter conceditur illustribus personis fauore dignitatis, ut licet de eorum delictis alij iudices cognoscant, tamen soli Principi ultio & animaduersio in eas personas concedatur.

Tertiò aduersatur l. solent 6. in princ. de off. procon. ubi legatus proconsulis cognoscit de criminibus, sed non pronuntiat. Resp. Hoc speciali quoque iure constitutum est, quòd proconsul possit quidem mandare cognitionem criminum legato suo, sed tamen sibi tenetur referuare pronuntiationem vel animaduersionem. Idque ex ea ratione, quia ea quæ sunt meri imperij, ut est potestas statuendi de criminali negotio, non possunt delegari. l. nemo potest. de R. I. l. si quid erit. de off. procon.

Postremò obstat l. argentarium 45. §. ult. de iudic. ubi cœpto iudicio in vno loco, tamen ad alium iudicem causa transfertur. Resp. Ibi ad alium iudicem recurritur de necessitate pro executione sententiæ faciendæ, non pro prosecutione eiusdem instantiæ.

instantiæ. Bart. in l. 31. §. ult. de iudic. Quoties enim condemnatus bona habet in territorio alterius magistratus, quam qui sententiam dixit, posita, tunc potest iudex qui eum condemnauit, per literas requisitorias petere à iudice loci, in quo reus habet bona sita, ut sententiam in ijs bonis exequatur: quod iudex iste per literas requisitus facere tenetur. l. à D. Pio. 15. §. 1. de re iudic. l. properandum. §. si autem reus. C. de iudic.

## ASSERTIO LXX.

*In bonæ fidei iudicijs, qui debet sub conditione vel in diem, ad præstandam cautionem ante diem vel conditionem cogi potest ex iusta causa.*

**P**ROBAT hanc assertionem apertus & expressus tex. in l. in omnibus 41. de iudic. Sententia l. hæc est. Ante diem vel conditionem res debita peti non potest, verum plenè reatè petitur cautio de debito præstando, cum dies venerit, vel conditio extiterit. Et si petatur ea cautio, ex iusta causa fit condemnatio. Iustæ autem causæ sunt, si debitor de fuga sit suspectus, si labatur facultatibus: tunc enim ante diem obligationis, creditor ad interponendam cautionem agere potest. Hæc autem decisio tantum obtinet in bonæ fidei iudicijs, siue sint generalia, ut est petitio hereditatis, actio, pro socio, negotiorum gestorum; siue specialia, ut est actio mandati, commodati, depositi. l. pro socio 38. Pro soc. l. quod si in diem 16. de pet. her. Videtur etiam huic decisioni locus esse in actionibus arbitrarijs, nam in ijs ferè tantum potest clausula arbitrij, quantum in iudicijs bonæ fidei, clausula bonæ fidei. l. quæsitum 14. de pigu. In strictis iudicijs huic decisioni non est locus, in quibus ante diem debita pecuniæ non reatè petitur cautio, nisi cum bonorum petitur separatio. l. 4. de separ. tex. est notabilis in l. quoties. §. si semel. de pecul. Cuiac. lib. Obs. 17. c. 37.

Obijcitur l. 2. in princ. de har. vel act. vend. ubi dicitur, quòd venditor hereditatis non tenetur emtori satisfacere de emptione. Respondet Cuiacius, quòd in bonæ fidei iudicijs tenetur



quidem debitor cauere, sed non satisfare, id est, tenetur simpliciter repromittere, sed non cogitur satisfare datis fideiussoribus. Verum hæc responsio non satis firma videtur: nam si hoc esset verum, tunc modicum effectum haberet prædicta decisio, quia tantam cautionem haberet creditor postea, quantam habuit prius. Verius itaque & rectius respondet Bart. ad d.l. in omnibus, quod etiam satisfare cogatur debitor in bonæ fidei iudicijs pro futuro debito, sed ita demum, si subsit iusta causa, ut puta si debitor labatur facultatibus, vel sit suspectus de fuga vel dilapidatione. l. si creditores. §. plane. ff. de priu. cred. Hoc est quod dicit d.l. in omnibus. ex iusta causa. Si verò nulla subsit iusta causa, tunc satisfare non compellitur. Ita intelligenda est d.l. 2. Quod tamen ita intelligendum est, si iusta illa causa superuenerit post contractum de nouo. Aliud est, si eadem causa suberat tempore contractus, quia tunc non potest peti cautio de nouo. l. si ab arbitro. ff. Qui satisf. cog.

Secundò obstat huic conclusioni l. 1. §. 1. ff. de Vfur. vbi negatur in bonæ fidei iudicijs ante diem præstari cautionem futuri debiti. Nam ait lex iudicem post condemnationem non posse exigere cautionem ob vsuras futuri temporis, id est, ob rei iudicatæ vsuras. Sciendum est, sententiam inhibere cursum vsurarum, etiamsi debitum fuerit vsurarium. Vsuræ currunt in diem vsque sententiæ: lata sententia sistuntur: post tempus ad iudicatum faciendum à lege concessum rursus currunt. Verum post tempus iudicati faciendi iudex de ijs præstandis non exigat cautionem. d.l. 1. vers. nec tamen iudex. Breuiter dicendum, iudicem in ea specie perfunctum esse suo officio: nam condemnationem in sortem & vsuras vsque ad diem sententiæ: post condemnationem definit esse iudex. Ergo nihil ad eum pertinet ratio vsurarum futuri temporis post condemnationem: itaque earum nomine cautionem non exigat.

Neque ei legi quicquam obstat l. 1. C. de sent. quæ sine certant. vbi dicitur, iudicem rectè pronuntiare, ut vsuræ pendantur, quoad pecunia condemnationis fuerit soluta. Ergo potest pronuntiare de vsuris futuri temporis. Breuiter dicendum, iudicem in ea l. fuisse additum actioni iudicati. ergo non loquitur de primo

de primo iudice, sed de iudice actionis iudicati: hic ita pronuntiauit, Quousque iudicato satisfeceris, vsuras pendito: quæ sententia valet.

## ASSERTIO LXXI.

*Inter patrem & filiumfam. lis nulla consistere potest.*

**I**NTER patrem & filium in potestate constitutum nullæ actiones moueri possunt, nisi ex castrensi peculio vel quasi: nam in his peculijs filiusfam. pro emancipato habetur. tex. sunt in l. 4. ff. de iudic. l. actiones 7. ff. de O. & A. Ratio est, quia pater & filius idem videtur esse homo, atqui secum nemo ipse litigare potest. Inter patrem verò & filium emancipatum iudicium & lis consistere potest: sed si filius pronocat patrem ad iudicium, debet petere veniam à Prætoris. Edictum enim Prætoris de in ius vocando pertinet ad filium emancipatum, qui venia à Prætoris impetrata, potest mouere litem patri. Filius qui est in potestate, omninò non potest litigare cum patre. l. adoptiuum ff. de in ius voc. vbi dicitur, filium qui est in potestate, magis iure patriæ potestatis quàm edicto Prætoris prohiberi in ius vocare patrem.

Contra hanc thesin sic argumentor. Causa in integrum restitutionis est lis: nam vocare in iudicium aduersarium oportet, l. si intra C. de rest. in int. Appellatur actio in l. etiamsi 29. §. ult. ff. de min. Lis actio est. At filiusfam. restituitur in integrum aduersus patrem minoris ætatis causa, ergo litigat cum patre. l. 3. §. ergo etiam. ff. de min. Species facti. Pater cum dotem dat filia, incontinenti rectè stipulatur sibi reddi, ex interuallo non rectè, nisi consentiente filia. At si filia minor consenserit imprudenter, restituitur aduersus patrem. Ergo lis est inter patrem & filiam. Breuiter dicendum, id fieri extra ordinem. Restitutio in integrum est extraordinaria, nec propria actio. Est cognitio prætoris: denique est extraordinaria. Præterea in ea specie filiafam. litigat ex causa dotis, quæ eius est propria effecta. l. pater 14. ff. ad l. Falc. l. 4. ff. de coll. bon. Hodie tamen ex constitutione



stitutione Iustin. filia circumscripta ratione aetatis, non datur restitutio aduersus patrem. l. vlt. C. Qui & adu. qu. Addendum, filium etiam certis casibus extra ordinem agere cum patre. Sic filiusfam. cogit patrem extraordinario remedio, vt se emancipet. l. si cui legatum 92. ff. de cond. & dem. Extra ordinem cogit filius patrem, vt se alat, l. si quis a liberis. ff. de agn. & alen. lib. Summa haec est: Iure ordinario nulla lis est inter patrem & filiumfam. extra ordinem vero saepe lis est.

## ASSERTIO LXXII.

*Executor sententiae, de viribus eius cognoscere  
& pronuntiare non potest.*

**M**AGISTRATVS vel iudex addictus actioni iudicati, cognoscit tantum, an pronuntiatum sit, an praetor debitorem condemnauerit: non, an recte condemnauerit. l. 6. & pen. C. de exec. rei iud. Alioqui si ei Praetoris sententiam retractare liceret, lusoria essent decreta & sententiae Praetorum: quod admitti non debet. l. vlt. ff. Ne qu. in lo. pub.

Obstat primò huic decisioni l. a. D. Pio. §. 1. & §. si rerum. ff. de re iud. vbi iudex datus ad exequendam sententiam, cognoscit & pronuntiat de rebus & controuersijs, quae in executionem veniunt. Resp. sub distinctione Bartoli in d. §. 1. Quaedam sunt exceptiones, quae respiciunt merita principalis causae, & de illis iudex executor cognoscere non potest, sed negotium remittere debet ad priorem iudicem. l. pen. ff. de confes. Aut exceptiones pertinent ad eas res, in quibus fieri debet executio, & de his executor cognoscit & iudicat. d. §. si rerum.

Secundò pugnat l. si praetor. §. Marcellus. ff. de iudic. Vbi traditur, quòd si ex falsis allegationibus per dolum actor sententiam consecutus est, hoc casu iudex ad executionem datus cognoscit, non tantum an iudicatum sit, sed etiam an ex falsis probationibus sit iudicatum. Quod si ita esse compererit, pronuntiabit, ex falsis argumentis sententiam non esse iure latam. l. 4. C. Si con. ius vel vtil. Resp. Sententia lata ex falsis allegationibus  
contra

contra absentem, est ipso iure nulla, arg. l. 1. C. Si tut. vel cur. fal. alleg. Si verò contra praesentem est lata, tunc ope restitutionis in integrum est rescindenda. l. Diuus. ff. de re iud. Ideòque cum talis sententia sit inutilis & nulla, vel saltem per in integrum restitutionem retractanda, iudex eam executioni non mandabit, sed exceptionem falsi admittet. Bart. in d. l. si praetor.

Tertiò aduersatur d. l. si praetor. vers. Paulus notat, vbi dicitur, si quis condemnatus sit tanquam contumax, qui necessarias & iustas habuit absentiae causas, veluti aduersam valetudinem, aut maioris rei occupationem. l. contumacia. §. pen. ff. de re iud. l. pen. C. Quom. & qu. iud. tunc iudex addictus executioni iudicati non debet sententiam exequi, sed allegationes, quòd ex iusta causa absens fuerit iniquè condemnatus, audiet. Resp. Ibi absens aliquis tanquam contumax condemnatus erat, qui tamen non fuerat verè contumax, sed ex probabili causa iudicio abfuerat. ideoque eo casu praetor reum absentem propter desertionem litis non ritè condemnatum ad defensionem causae restituere debet. l. 4. C. de procur. l. ait Praetor. §. vlt. ff. de min. Cuiac. lib. Obs. 25. c. 38.

## ASSERTIO LXXIII.

*Debitor in loco contractus conueniri potest, ibique  
se defendere debet.*

**A**CTOR sequi debet forum rei, non verò reus forum actoris. l. 2. C. de iurisd. Tribus autem locis reus forum sortitur in causis ciuilibus. Primò ratione domicilij. Ibi enim principaliter & indubitatè conueniendus est debitor, vbi habet domicilium, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, vbi assidue moratur. l. 2. C. Vbi Sen. vel clariff. l. ciues. C. de incol. lib. 10. Secundò ibi forum competens habet reus, vbi res est sita, de qua agitur. l. vlt. C. Vbi in rem act. Tertiò forum sortitur reus ratione contractus, vel quasi, vt in eo loco conueniri possit, vbi contraxit, licet ibi domicilium non habeat. l. heres. 19. §. 1. l. 36. §. vlt. l. argentarium 45. ff. de iudic. Ita de-  
N  
mum



num tamen reus in loco contractus potest conueniri, si ibi inueniatur. d. l. heres. in princ. quia in contractibus remissio locum non habet. c. Romana. §. contrahentes. de for. comp. in 6. Creditori tamen sic contra absentem est prouisum, ut si quæ bona debitor habeat in loco contractus, in eorum bonorum possessionem Prætor mittat creditorem, eaque debiti seruandi causa eum iubeat possidere. d. l. heres. §. 1.

Opponitur l. 1. C. de nundin. Vbi constituitur, quod negotiatores tempore nundinarum non conueniantur de contractibus ibi habitis, neque eorum merces ob debita detineantur. Resp. Hoc est singulare priuilegium nundinarum, quod Imp. ijs locis & ciuitatibus indulserunt, quæ habentius exercendi nundinas. Hoc tamen ita intelligendum est, ut uenientes ad nundinas non possint ibi de debitis alio tempore, quam in nundinis contractis conueniri & arrestari. Cæterum de debitis in nundinis contractis possunt ibidem iudicio conueniri. Nam nisi hoc ita esset, possent infinitæ fraudes committi, quibus nemo obuiare posset. Possent enim peregrini mercatores ex longinquis regionibus ad nundinas confluere, multasque ibi merces comparare, & tandem nulla facta solutione se subducere. Quo facto vel solutionem eluderent, vel magnis sumptibus & periculis creditorem in exigendo debito onerarent. Ita notatur in addit. ad Marant. dist. 9. iudic. num. 96.

Secundò aduersatur l. exigere 65. de iudic. ubi traditur, quod mulier soluto matrimonio non possit repetere dotem in loco contractus matrimonij vel promissionis dotis, sed in loco domicilij mariti teneatur exigere dotem. Hic negatur posse mulierem conuenire virum, vel eius heredes in loco contractus: ubi scilicet matrimonium est contractum, vel dos promissa: nam & dotis promissio appellatur contractus, in l. contractus 23. de R. I. Resp. Elegans ratio adfertur à IC. in d. l. 65. cur mulier dotem in loco contractus matrimonij vel dotis non repetat, quia per eum contractum mulier migrat in alium locum, id est, talis est contractus, ut ex eo statim mulier migrat in alium locum, & fiat mutatio fori. Igitur non locus contractus spectatur, sed ille in quem fit migratio. Hac ratione non aget mulier ubi est con-

est contractum matrimonium, sed aget in eo loco, in quem ex matrimonio migravit: migrat autem per matrimonium mulier in domicilium mariti, idque retinet, quoad alteri nupta sit. l. filij. §. 1. l. ea quæ desponsa est. de ad Munic.

Ex qua sententia d. l. exigere, colliguntur duæ pulchræ decisiones. Prima est, quod in lucranda dote, attendetur consuetudo loci ipsius viri. Itaque si in loco domicilij mariti statutum disponat, quod vxore decedente sine liberis, maritus lucretur certam partem dotis, sed in loco domicilij vxoris, ubi est celebratus contractus dotis, alia est consuetudo, attendetur statutum loci, in quo maritus habet domicilium. Ita tradit Afflic. decis. Neap. 226. Sneiderw. ad Inst. de succes. int. vi. & vx. num. 4. Secunda, In bonis acquisitis constante matrimonio, sequimur consuetudinem loci, ubi domicilium habet maritus, non verò loci, ubi bona ex contractu sunt qua sita. Itaque si degant maritus & vxor Lugduni in Gallia, (ubi ius commune scriptum seruat, quod scilicet bona acquisita constante matrimonio ad maritum pertineant, nisi mulier demonstret vnde habuerit. l. Quintus 51. de don. int. vi. & vx. l. etiam 6. C. eo.) & comparauerit maritus constante matrimonio prædium Lutetiæ, ubi consuetudo est, quod bona acquisita inter coniuges communentur, mortuo marito vxor non habebit partem in acquisito prædio Lutetiæ, sed in solidum ad mariti heredes pertinebit, quia in lucris nuptialibus attenditur locus domicilij mariti, non locus contractus. Ita in curia Parisiensi iudicatum esse notat Costal. ad d. l. exigere.

**A**SSERTIO LXXIV.  
*Naturalis rei interitus post moram contingens, pertinet ad debitorem, nisi res eodem modo apud creditorem peritura fuisset.*

**S**i res fatali casu perempta est, veluti si iumentum mortuum, aut fundus chasinate absumtus sit, quaesitum, cuius esset periculum? Dissidium fuit in hac quaestione inter Proculianos & Sabinianos. Distinguebant Proculiani, ut si res non erat



interitura apud actorem, teneretur reus de interitu: hoc est, si actor, qui venalitiarius, aut negotiator erat, equum aut speciem acceptam statim distraxisset, & pretium lucratus fuisset, tunc reus interitum rei sustineat, & æstimationem speciei peremtae præstet. l. cum res 47. §. ult. de leg. 1. l. illud 40. ¶ de pe. her. l. si plures. §. illud. ¶ de po. Si verò peritura æquè res fuisset apud actorem, vt si non distracturus erat rem petitam, absoluendus est debitor, & naturalis interitus pertinebit ad actorem. Sabiniiani sine vlla distinctione præcisè absoluendum volebant debitorem; moti potissimum hac ratione, quòd fata sint omnibus æqua, & euitari à nullo debitore possint. Ideoque cum res fato & naturali interitu periisset, licet mora nulla interuenerit, nihil est, quod debitori imputari possit. In hoc articulo controuerso retinenda est distinctio Proculianorum, tanquam verissima, quæ multis legibus inculcatur: l. item si 15. §. ult. ¶ de rei vend. l. de eo. §. si post. ¶ ad exhib. Hæc verò distinctio obtinet tantum in malæ fidei possessore, & bonæ fidei possessore improbè litigante. Cæterum bonæ fidei possessor, qui iustam habet litigandi causam, absoluitur à naturali rei interitu, quia non dicitur facere moram. d. l. 15. §. fi. & l. seq. d. l. illud. quia non debet propter mortalitatis periculū temerè ius suum indefensum relinquere, id est, bonæ fidei possessor, quia ius suum defendit, & ad litigandum veniit sincero animo, dum existimat se bonam causam habere, non debet hoc ei damnum adferre. Cuiac. ad Afric. ad l. si seruus 108. de leg. 1. & in l. 23. ¶ de V. O.

Contra hanc decisionem adfertur l. si filio 25. §. si post. ¶ sol. ma. Ait lex, si post moram in reddenda dote res dotales perierunt, maritum omnimodò æstimationem præstaturum. Resp. cum Cuiacio. Lex vult indistinctè maritum præstare naturalem interitum rei, non habita distinctione, an culpa vel casu fortuito res perierit, & sic omnimodò sine distinctione culpæ vel casus fortuiti, maritus post moram tenetur ad rei dotalis extinctæ æstimationem: attamen non excluditur ista distinctio, an res apud actorem fuisset perinde peritura nec ne, de ista distinctione ibi non agitur.

Ab hac distinctione excipiuntur fures, prædones, & qui metum in-

tum intulerunt, qui re extincta post moram indistinctè tenentur de interitu, siue res apud actorem æquè peritura fuisset, siue non. Ratio est, quia hi non tantum in simplici mora, sed etiam in delicto versantur, & ex ipso tempore delicti, plusquam frustratores impij debitores existunt. l. item si. §. quatenus. ¶. Quod me. caus. l. meritò 19. ¶ de vi & vi ar. l. ult. ¶ de cond. furt.

## ASSERTIO LXXV.

*Rei vindicatio datur contra eum, qui possidet vel detinet rem nostram.*

**D**ATUR actio rei vindicationis regulariter contra eum qui possidet, hoc est, rem & animo & corpore habet, per se vel per alium. l. 3. §. quòd si seruus, & §. saltus. ¶ de acq. poss. l. 3. §. ult. ¶ ad exhib. Præterea & contra eum datur, qui nudam habet & corporalem rei detentionem, Hinc potest dominus quoque à depositario, commodatario, colono vel inquilino rem suam vindicare l. 2. ¶. Commod. l. officium 9. ¶ de rei vend.

Verum opponitur quòd dominus idemque possessor agere, & rem suam vindicare non potest ab eo qui non possidet: quia repugnat regula tradita in §. æquè. Inst. de act. quæ habet, quòd in controuersijs rerum corporalium non agit is qui possidet. At qui dominus est possessor, non commodatarius, depositarius, vel colonus. l. rei 8. ¶ Commo. l. licet 17. §. rei. ¶ de pos. l. non solet 39. ¶ loca. Ergo non debet contra hos detentatores domino dari rei vindicatio.

Resp. Non est absurdum domino dari rei vindicationem aduersus quoscumque occupatores rei suæ. Debet enim libera esse ac latè diffusa rei vindicatio, vt constet ac firma maneat politica distinctio dominiorum. Nec obstat d. §. æquè. Nam & possessori, & præterea detinenti rem corporalem non est prodita actio in rem. Sed si alius eam detineat, publica utilitas exigit eam actionem non denegari.



## ASSERTIO LXXVI.

*Publiciana actio potest cum rei vindicatione in eodem libello coniungi.*

**Q**UÆSTIO anceps & grauis est inter DD. An possit actor in eodem libello cumulare rei vindicationem cum Publiciana. Et quidem prima facie non videbatur posse has actiones simul proponi: quia Publiciana datur non domino, rei autem vindicatio competit verò domino. l. si ab eo 18. ff. de pign. quæ videntur inter se contrarietatem quandam habere. Sed verior est sententia, quòd possit vtraque actio simul intentari, valeatque libellus, quò actor petit declarari fundum ad se pertinere iure dominij, vel quasi. vt probatur in c. abbate. de re iud. in 6. Et cõsuetudo recipit istam petendi formulam ex optimis rationibus, traditis ab Oldend. cl. 3. act. 3. in aff. remed.

Sed obijcitur huic sententiæ, quòd contrariæ actiones simul non admittuntur, per vulgatam l. 1. C. de furt. l. vnic. C. Si fer. ext. se emi mand. l. nemo ex his. §. quoties ff. de R. I. Atqui videntur contrariæ esse actiones, rei vindicatio, & Publiciana, quia rei vindicatio datur vero domino, Publiciana verò ei competit, qui rem aliquam à non domino comparauit, & nondum vsucepit. l. 1. ff. de Publ. act. Resp. Publiciana & rei vindicatio non sunt actiones contrariæ, sed potiùs inter se sunt adfines, & altera alterius supplemento perficitur. Sicut enim quasi dominium non est contrarium dominio, sed tam affine directo dominio, vt aliquando dominij loco penè sit, l. bonæ fidei 48. ff. de acq. re. do. ita etiam iudicare oportet in duabus hisce actionibus affinitatem esse coniunctissimam, non verò contrarietatem; cum rei vindicatio cõpetat pro dominio, Publiciana verò pro quasi dominio vindicando. Et certè multum utile est domino cum rei vindicatione coniungere Publicianam, quia difficilima est probatio dominij, cuius probatio necessaria est quidem in rei vindicatione, sed in Publiciana sufficit probare titulum, bonam fidem & possessionem. l. cum res 12. C. de prob.

Secundò

Secundò obijcitur, quòd libellus incertus vel alternatiuus non valet, sed reiici potest ab aduersario: Nam actor certam actionis speciem edere debet in libello, vt cognoscere reus possit vtrum cedere an contendere debeat, l. 1. ff. de eden. l. 3. C. cod. Atqui qui proponit rei vindicationem & Publicianam simul, alternatiuum & incertum libellum offert. Ergo talis petitio non est admittenda. Resp. Quoties actor ex facto aduersarij vel alieno, incertus est de iure suo, tunc quia nihil ei potest imputari, admittitur libellus alternatiuus. l. 1. §. quia autem. ff. Quod legat. Hanc sententiam, quòd rei vindicatio cum Publiciana cumulari possit, & quòd in praxi ita seruetur, testatur Oldend. d. loco. Que fuit sententia subtilium Ultramontanorum, in quam etiam inclinant Iason & Zazius in §. sed ista. Inst. de action.

## ASSERTIO LXXVII.

*Arbor alluione in agrum alienum translata, eius sit, cuius fundo adheret.*

**Q**UOD per alluionem ex agro vnus flumen adijcit fundo alterius, id alteri acquiritur. Quod adeò verum est, vt si longiori tempore adhæsit portio agri fundo vicini, arborèque quas secum traxerit, ibi radices egerunt, vicini fundo ex eo tempore per alluionem acquisitæ censentur. Traduntur hæc expressè in §. per alluionem. Inst. de re. diui. Ratio est, quia quod radices in solo agit, solo cedit, veluti pars eius. §. si Titius. Inst. cod.

Obijcitur l. 5. §. pen. ff. de rei vend. quæ vtilem in rem actionem priori domino concedit, cuius arbor in alieno solo radices egit. Resp. Textus ille accipiendus est, quando arbor translata est facto hominis, vt tunc detur priori domino arboris vtilis in rem actio, ad æstimationem arboris. Si verò per alluionem translata sit arbor, pristinus dominus non habet actionem ad vindicandum dominium arboris, quod amisit. Additio ad Gl. in d. §. per alluionem. per l. hoc amplius 9. §. Alphenus. ff. de dam. inf.

ASSERTIO



## ASSERTIO LXXVIII.

*Ad emphyteusim necessaria est scriptura.*

**S**ENTENTIA hæc probatur in l. i. C. de iu. emph. in qua Imp. ablatius absolute positus utitur, pactionibus interueniente scriptura habitis, quorum ea est natura, ut conditionem importent. l. à testatore 109.  $\bar{n}$  de cond. & dem. l. acceptis 93.  $\bar{n}$  ad l. Falc. conditio autem præcisè & in forma specifica impleri debet. l. qui heredi 44. l. Mæuius 55.  $\bar{n}$  de cond. & dem. Secundò hoc manifesta ratio suadet: quippe cum emphyteusis plerunque perpetuò, & in tempus memoriam hominum excedens concipiatur, hominum autem memoria sit labilis, facileque testes mori possint; certè si testes sufficerent, facile possent perfidi emphyteutæ, eorumve heredes possessionem interuertere, domino inficiari ius suum, & eum dominio rei suæ iniuste priuare, afferendo rem ad se pleno iure pertinere. Ideòque litteris fidelissimis rerum custodibus hic contractus committendus est. Coraf. ad d. l. i. vbi notanter hanc conclusionem ita limitat, quòd instrumento emphyteutico amisso, possit eius tenor & series testibus probari. l. ult. C. de iu. emph. c. cum olim. ex. de priuil. Sic enim in simili de actis iudicialibus responsum est, quòd licet scripto consignari debeant, l. ult. C. de re iud. c. quoniam. ex. de proba. tamen amissa scriptura per testes probari possunt. Lanfran. in d. c. quoniam. Hinc rectè glossator in c. i. de censib. nullius momenti tradit esse emphyteusim, nisi scriptis manderetur, eaque sententia communi interpretum consensu probata est. Olden. clas. 5. de act. emphyt. Salic. & Taf. in d. l. i.

Contrariam sententiam adstruit gl. in d. l. i. vbi hanc opinionem ultimo loco refert, cui Bart. & Iason adstipulantur, & nouissimè Connan. lib. 7. Com. c. 12. Wesem. in para. Si ag. vect. pe. Quam opinionem consuetudine firmari scribit Bart. in d. l. i. Spec. in §. nunc aliqua. num. 5. de emphyt. Itaque in hac opinionum varietate spectandum imprimis, quid consuetudine receptum

ceptum sit: optima enim legum interpretis est consuetudo. Quòd si de consuetudine certò non constet, est enim consuetudo facti. c. i. de constit. in 6. ideoque non præsumitur, nisi probetur. l. 4.  $\bar{n}$  de cust. & exhi. reo. tutius erit iuri scripto, & communi opinioni adherere. Clar. in tract. de emphyt. quæst. 4. Obijcitur, quòd præscriptione emphyteusis acquiri potest, ergò non semper scriptura perficitur, quia ad præscriptionem non est necessaria scriptura. Resp. Quando præscriptione emphyteusis acquiritur, præsumit ius omnia ritè & solenniter esse acta, & scripturam quoque interpositam esse. arg. l. sciendum  $\bar{n}$  de V. O. Specu. ad tit. de loca. §. nunc aliqua. num. 81. & 169. vbi probat per antiquam præstationem nasci coniecturam, quòd omnia videantur solenniter præcessisse. per l. cum de in rem verso  $\bar{n}$  de Vfur. & §. ult. Inst. de fideiuf.

## ASSERTIO LXXIX.

*Emphyteusis est contractus iuris gentium, non ciuili.*

**C**ONTRACTVS emphyteuticus iuri gentium, non ciuili adscribi debet: quia non solum apud Romanos, verum alias quoque gentes ante constitutionem Zenonis, emphyteusis vsu recepta fuit. Sic Aristot. scribit lib. 2. Oecon. Byzantios, cum exhausto arario pecunijs indigerent, fundos publicos certa mercede locasse, fertiles ad tempus, steriles in perpetuum. Confirmatur hoc secundò, quòd contractus emphyteuticus affinis & germanus est locationi, imò & emphyteusis perpetua locatio dicitur. l. i. §. i.  $\bar{n}$ . Si ag. vect. pe. §. adeò. Inst. loca. ergo eodem iure censeretur. Tertio probatur à definitione iuris gentium. Quicquid enim eius est naturæ, ut inuentum omnes gentes approbent, eoque vtantur, iuris gentium esse dicitur. l. i. l. omnes.  $\bar{n}$  de iust. & iur. Atqui emphyteusis vbi primùm cognita fuit, tacito populi consensu, omniumque gentium vsu recepta & approbata est, unde ad ius gentium merito referenda est. Confirmatur hoc exemplo emtionis: emtio siquidem belli Troiani temporibus fuit incognita, cum exercitus Græcorum,



rum, pecunia nondum percussa, aere, ferro, pecoribusque per-  
muratis, vinum comparabat. Quod probatur Homeri testimo-  
nio in l. 1. de con. emp. Nummo autem reperto, cum nemo  
esset qui non eo vteretur ad emtionem expediendam, hinc iuri  
gentium merito emptio est adscripta. Non enim ut vulgo DD.  
statuunt, ius gentium distinguendum est a civili, temporis ordine  
& progressu, sed potius ex l. C. regula, a ratione naturali, & ho-  
minum usu, a quibus ita describitur: Ius gentium est, quod na-  
turali ratione introductum, & usu omnium populorum rece-  
ptum est. §. ius autem civile; Inst. tit. 2. Connan. lib. 1. Com.  
c. 5. & 6. 2. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 60. 61. 62. 63. 64. 65. 66. 67. 68. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 75. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 87. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100.

Non obstat praedicta conclusioni, quod Zenonis lex pro-  
prium attribuit emphyteusi naturam; quia Zeno Imp. non insti-  
tuit novam speciem contractus, sed incertum & confusum ge-  
nus conventionis, ab ijs contractibus, quibus cum convenire vide-  
batur, distinxit. d. §. adeo Coraf. ad tit. de iu. emph. in praesud.

ad emphyteum  
supra ostenditur  
quod non po-  
test fieri nisi  
a iis qui sunt in  
testamento

Germanus  
gemignus  
JB

ASSERTIO LXXX.

Emphyteusis inconsulto domino directo donari  
& legari potest.

**A**CRIS & vehemens est inter DD. disputatio, an emphy-  
teuta possit ius emphyteuticum, vel meliorationes suas  
irrequesito domino donare vel legare? & verior est sen-  
tentia, quod possit per l. 1. C. de fund. patr. lib. XI. ubi statuitur,  
quod emphyteuta Reipub. possit fundum emphyteuticum in-  
consulto domino donare: ergo idem in priuata emphyteusi  
statuendum. Eandem sententiam comprobatur manifeste l. in  
conventionibus 219. de V.S. ubi dicitur, ius emphyteuticum  
legari posse.

Obijcitur, quod emphyteuta prohibetur ius suum vendere  
sine directi domini voluntate. l. ult. C. de iu. emph. Resp. Longe  
diuersa est venditionis & donationis causa: vendentis enim non  
interest, cui vendat, modo pretium consequatur. Si igitur tan-  
tum pecuniae offerat dominus, quantum extraneus, merito praer-  
ferendus

ferendus est. Atqui in donatione habetur ratio benemeritorum  
& officiorum, quae remunerari aequum est: at eadem merita non  
cadunt in dominum, quae in donarium. Igitur non tenetur  
emphyteuta, nullis beneficijs a domino ornatus, ei potius do-  
nare, quam alij amico bene merito. Ne autem dominus dire-  
ctus iure suo priuetur, cui contra donarium seu novum em-  
phyteutam nulla competat personalis actio, utpote cum quo non  
contraxit, debet donarius ab ipso domino requirere, ut eum  
inuestiat, & in rei emphyteutica possessionem mittat: quia non  
potest propria auctoritate novus emphyteuta possessionem in-  
gredi: & sic ei contra novum emphyteutam satis erit prospectum  
ex noua conuentione: debetque donarius, idemque novus  
emphyteuta, in praemium intestiturae, domino quinquagesi-  
mam partem aestimationis rei emphyteuticae, laudemiae loco  
persolvere. l. ult. & ibi Coraf. num. 9. C. de iu. emph. Haec est  
Azonis, Accur. & communis interpretum sententia, in d. l. ult.  
quam ibi Iason refert viginti trium DD. auctoritate configura-  
tam esse; unde omnino sequenda videtur; tamen si Imerius,  
Cynus, Bartolus & plerique alij contrarium defendant.

Opponitur secundò, quod ait Vlpianus: Cui ius est donandi  
eidem vendendi & concedendi ius est. l. cui ius. 163. de R.I.  
Vnde colligi posse videbatur, emphyteutam sicut inconsulto  
domino donare potest, ita quoque vendere posse. Resp. Ista  
regula non procedit, ubi alia est vendendi, alia donandi ratio:  
ut hic. Sic & decurio prohibetur praedia sua vendere sine decreto  
iudicis, potest tamen ea donare. l. ult. C. de praed. decu. lib. 10.  
facilius enim homines inducuntur ad vendendum, quam do-  
nandum, propter commoditatem pretij.

Tertiò non refragatur praedictae conclusioni l. vniuersas. C.  
Ne rei domin. vel temp. ubi statuitur, quod ecclesiae vel Reipub.  
bona emphyteutica nullo titulo oneroso vel lucratiuo alienari  
possunt. Respondendum enim, quod emphyteuta potest ius  
suum donare, modo citra fraudem, & cum hac protestatione  
donet, quod velit ius Reipub. atque Ecclesiae per hoc saluum  
atque intemeratum manere. d. l. 1. C. de fund. patr. Bald. in l.  
ult. C. de iu. emph.



## ASSERTIO LXXXI.

*Acquiritur emphyteusis præscriptione xxx. annorum in prædijs priuatis, in fundis verò ciuitatis vel ecclesie xl. annis.*

**S**I quis xl. annis rem immobilem ciuitatis, fisci, vel ecclesie, rem verò priuati xxx. annis, vt emphyteuta possedit, certumque redditum annuū pro ea persoluit, acquirit emphyteusin, licet nunquam ei concessa fuerit. arg. l. vlt. C. de fun. patr. lib. 11. l. omnes. C. de præf. 30. an. c. 1. §. si quis per 30. annos. Si de feu. def. conten. sit int. do. & agn. lib. 2. feud. Bart. in l. comperit, per illum tex. C. de præf. 30. an. Et si enim naturalem tantum possessionem habet emphyteuta, quemadmodum fructuarius. l. naturaliter 12. ¶ de acq. possessio autem sola naturalis ad præscribendum efficax non est. l. acquiruntur 10. §. fin. ¶ de acq. re. do. ipsum tamen ius emphyteuticum tam ciuiler quam naturaliter possidet: vt mirum non sit, vtilē saltem dominium per eum præscriptione acquiri.

Obijcitur l. cum sponfus 12. §. in vectigalibus. ¶ de Publ. act. vbi dicitur, vectigalia prædia vsucapi non posse. Resp. Vectigales fundi olim ferè à ciuitatibus elocari solebant. l. 1. ¶. Si ag. vect. Itaque quod dicitur ibi de prædijs vectigalibus, id de agris ciuitatum aut fisci intelligendum videtur, qui longo tempore non vsucapiuntur. l. vsucapionem. ¶ de vsuca. longissimo tamen tempore præscribuntur. d. l. omnes.

Secundò obijcitur l. si finita. §. si de vectigalibus. ¶ de dam. inf. vbi dicitur, etiam in ciuitatibus longum tempus ad præscribendum fundi vectigalis dominium sufficere. Resp. Non contra ciuitatem istic, sed fundus vectigalis à ciuitate acceptus contra priuatum vsucapitur. Bald. in d. §. si de vectigalibus. Vel si admittatur, quòd contra ciuitatem seu municipium istic præscriptio procedat, dicendum quòd hoc iure Digestorum obtineat, quo xxx. annorum præscriptio adhuc erat incognita: ergo iure nouo Codicis xxx. annorum præscriptione opus erit hoc casu.

ASSERTIO

## ASSERTIO LXXXII.

*Dominus non potest ob non solum canonem, emphyteutam propria auctoritate expellere ex fundo emphyteutico.*

**Q**UESTIONIS est controuersæ, an si emphyteusis cecidit in commissum ob non solum triennio canonem, ipso iure, an per sententiam emphyteuta priuetur iure suo. Et crebrius receptū est emphyteutam ipso iure priuari emphyteusi, non expectata iudicis sententia, propterea quòd lex domino facultatem tribuit repellendi, non quidem simpliciter, sed præcisè distinctionibus vtens, omninò & omnimodò. l. 2. C. de iu. emph. quarum dictionum ea vis est, vt inducant aliquid ipso iure fieri. Accur. in l. 1. §. si pecunia. in verb. omninò. ¶ de pos. Ita tenent Bald. Salic. & Coraf. in d. l. 2. Contraria tamen sententia æquior & probabilior est, quòd scilicet requiratur decretum iudicis, seu sententia declaratoria, vt emphyteuta cadat ab emphyteusi: nam & in eodem casu, scilicet ob non solum canonem, pronuntiatum esse à iudice, fundum emphyteuticum ad dominum rediisse, probatur in l. lex vectigali. ¶ de pign. Ita quoque decidit Menoch. rem. 1. recup. poss. num. 78. & 79. Planè siue dicamus emphyteutam ipso iure, siue per sententiam priuari iure suo, semper tamen statuendum est, ad expellendum eum iudicis auctoritate & ministerio opus esse. Non enim singulis concedendum est, quòd publicè per magistratum fieri debet. l. non est singulis. de R. I. fa. l. sed si cuius 13. §. sed si inter duos. ¶ de vsufr. l. dotis 9. C. sol. ma.

Obijcitur l. 2. C. de iu. emph. quæ lex domino potestatem facit repellendi emphyteutam. Resp. Verbum repellendi ad iuris intellectum referri debet. Itaque non significat ibi corporalem deiectionem, sed legitimam expulsionem, quæ non fit de facto, sed per iuris remedia & competentes actiones. l. extat. ¶ Quod met. caus.

Secundò obijcitur l. pen. C. de pig. act. & l. qui ratiario 30. eo. vbi dicitur creditorem posse propria auctoritate ex pacto auferre

O 3

auferre



auferre pignus à debitore. Si hoc licet ex conuentione: multò magis legis auctoritate permittendum, quæ dat domino potestatem expellendi emphyteutam, quæ expulsio in proprio facto consistit, sicut & ereptio. l. pen.  $\bar{\pi}$ . Ne quis eum qui in ius voc. & c. Resp. Creditor potest propria auctoritate ex pacto pignus auferre, si debitor non resistat, aliàs non. l. 3. C. de pign. vbi id notat Azo contra Iohannem, quem communiter DD. sequuntur. Itaque licet debitor creditori concessit facultatem propria auctoritate pignus occupandi, tamen si debitor facto vel verbis resistat, non rectè occupabit possessionem, nisi interueniente auctoritate iudicis.

Tertiò obijcitur tale argumentum: Qui habet civilem possessionem, potest naturalem possessionem ingredi ab alio occupatam. l. clam. §. qui ad nundinas.  $\bar{\pi}$  de acq. poss. Sed dominus rem emphyteuticam possidet ciuilitè. Gl. in l. 3. §. ex contrario  $\bar{\pi}$  de acq. poss. Ergo licet illi emphyteutam propria auctoritate expellere. Resp. Ille demum qui naturalem possessionem iniuste occupauit, expelli potest, sicut loquitur d. §. qui ad nundinas. Sed quia emphyteuta voluntate domini naturaliter possidet, & iustum initium habet suæ possessionis, ideò à domino non potest propria auctoritate expelli.

## ASSERTIO LXXXIII.

*Dominus si post cessationem triennij pensiones accipiat ab emphyteuta, aut si pœnam stipulatus sit, ni pensiones soluat, potest emphyteutam nihilominus expellere.*

**P**ROBATVR prima pars thesis per Auth. qui rem. C. de sacr. eccl. & §. si quis verò. No. 120. vbi traditur, si emphyteuta ecclesiæ biennio non soluat canonem, potest à domino expelli, & præterea ad pensionem totius temporis præteriti soluendam tenetur. Posterior pars probatur ea ratione, quia pœna adiecta est, vt aliquid ad obligationem accederet, itaque per hanc pœnam à beneficio eiectionis, quod iure communi competit, nõ censetur recessum. Cùm enim aliquid obligationi

gationi accidit, per hoc non est ab ea obligatione recessum. l. 4. §. si ex conuentione.  $\bar{\pi}$  de re iud. Priorem sententiam comprobat Coraf. ad l. 2. C. de iu. emph. num. 32. posteriorem verò tuetur Specul. ad tit. de emphyt. quaest. 35. & Donel. lib. 9. Com. c. 15.

Obijcitur l. post diem.  $\bar{\pi}$  de l. commiss. vbi qui fundum vendidit sub lege commissoria, hoc est, nisi ad Calendas proximas pretium soluat, fundus sit inemptus, si venditor petat pretium post diem legi commissoriae præstitutum, & deinde velit vt iure commissi, non audiat, quia non licet simul & pretium & pœnam petere. l. vlt.  $\bar{\pi}$  De eo quod cer. lo. Ideò non licet ibi agere ad pœnam commissi, & simul pretium petere, quia actor secum pugnat: nam petendo pretium, ratam facit venditionem: agendo ad pœnam commissi, impugnat venditionem. Quod diuersum est in emphyteusi. Itaque rectè petet pensiones iam debitas, & simul ager ad pœnam commissi, beneficio à Lege sibi concessio. Pensio enim debetur pro vsu temporis præteriti ex conuentione, & ius expellendi conceditur illi à lege, ob cessationem emphyteutæ.

Secundò obijcitur l. 4. §. Labeo.  $\bar{\pi}$  de dol. exc. l. ita stipulatus 115. de V. O. l. rescriptum 11. §. 1. de pact. vbi dicitur, non posse simul pœnam exigi, & rem proter quam pœna promissa est. Resp. Id obtinet, quando pœna per se non stat, sed venit accessorie ad principalem obligationem. Tunc enim perempta principali obligatione sortis, tollitur quoque accessoria obligatio pœnæ, vsurarum, & id quod interest. l. qui per collusionem. §. vlt.  $\bar{\pi}$  de act. emp. l. 4. C. depo. Pœna verò deiectionis ab emphyteusi non est accessoria, sed æquè principaliter petitur.

Tertiò obstat l. vectigalia. §. vlt.  $\bar{\pi}$  de publ. & vect. vbi dicitur, si conductor vectigalium, non exoluat pensiones, potest expelli à iure vectigalis, vel ad vsuras pensionis conueniri. Ergo vtrunque non rectè petitur, scilicet vt emphyteuta expellatur ab emphyteusi, & præterea soluat annum canonem. Resp. Ibi de duplici pœna tractatur, expulsionis nempe, & vsurarum pensionis non solutæ, quarum altera dominus debet esse contentus, ne duplici pœna conductor afficiatur: hinc autem pœna stipulatione



stipulatione promissa loco principalis debiti, seu annuæ pensionis petitur.

## ASSERTIO LXXXIV.

*Interitus totius rei emphyteuticæ spectat ad dominum, particularis verò ad emphyteutam, neque ob sterilitatem fit remissio canonis.*

**H**æc assertio stabilitur in l. 1. C. de iu. emph. vbi Zeno statuit totius rei emphyteuticæ interitum spectare ad dominum, partis verò ad emphyteutam. Ex quo sequitur, propter sterilitatem non fieri remissionem canonis, sed quòd sterilitas fructuum cedat damno emphyteutæ, quia sterilitas fructuum multum differt à totali rei interitu.

Obijcitur l. ex conducto. §. Papinianus. *Loca.* vbi dicitur ob sterilitatem remissionem mercedis fieri in fundo vectigali. Resp. Hoc intelligendum est in simplicibus conductoribus publicorum fundorum, qui nihil à cæterarum rerum conductoribus differunt, non in emphyteuticis colonis.

Obstat etiam l. 2. C. de allu. vbi dicitur, quòd census & tributa iuxta augmentum & diminutionem rei crescant & decrescant. Resp. Hoc fit diuersa ratione, quia non in recognitionem dominij, sed pro modo agrorum, & secundum cuiusque facultates tributa indicuntur. l. cum possessor §. *de censib.* l. 2. C. de anno. & tribu. lib. x.

Tertiò obijcitur, quòd etiam rei interitus pro parte contingens domini periculo eueniat. per l. ult. §. si. *de pig. act.* Resp. Pensio præstatur propter rem ipsam, quo videlicet dominium eius emphyteuta recognoscat à domino: ergò re prorsus extincta, perempta quoque pensio dicetur, velut causam non habens, qua nitatur. Atqui quamdiu superest res licet minima, durat quoque causa præstandæ pensionis. l. si cui insulæ. §. 3. *de usufr.* l. 3. C. de fund. patr. lib. xi.

ASSERTIO

## ASSERTIO LXXXV.

*Emphyteusis inter plures emphyteutas inconsulto domino potest diuidi.*

**P**ROBATVR hæc assertio per l. 10. *Fa. ercif.* vbi dicitur, actionem familiæ erciscundæ locum habere inter plures heredes emphyteutæ, ad hoc, vt prædium emphyteuticum commune diuidatur. Confirmatur etiam per l. voluntas. C. de fideicom. vbi traditur, quòd licet pater prohibuit, ne liberi prædium extra familiam alienarent, tamen eius prædij partem frater potest forori donare, & proinde prædium, quòd prohibitum est alienari, diuidi potest. Denique hæc sententia comprobatur ex eo, quòd vasallus feudum diuidere potest, nec per diuisionem cadit in commissum, nisi esset ducatus, comitatus aut marchionatus. c. imperialem. §. præterea. de prohi. feud. alie. per Fred.

Obijcitur l. 7. *Com. diu.* vbi dicitur, si inter plures emphyteutas fundus emphyteuticus sit communis, iudex abstinebit à diuisione: ne diuiso fundo præstatio canonis confundatur, id est, ne certus & perpetuus canon, qui quotannis integrè domino solet præstari, per partes recipiatur, cum præstatio partium magna habeat incommoda. l. 3. *Fam. ercif.* Resp. cum Costal. ad d. l. 10. Quando plures heredes emphyteutæ prædium emphyteuticum habent commune, tunc hoc prædium in actionem familiæ erciscundæ quidem veniet, quia tota hereditas petitur diuidi: sed iudex non poterit prædium certis regionibus diuidere, id est, non poterit certis limitibus & finibus agrum emphyteuticum distinguere, ita vt quisque partem suam habeat, sed vni ex heredibus adiudicabit totum agrum emphyteuticum, cæteris condemnatione facta in precio. Idque ideo receptum est, ne domino vectigalis prædij fiat fraus & iniuria, qui initio cum vno emphyteuta contraxit, solidumque canonem quotannis percepit: cuius conditio fieret deterior, si diuisione facta, à pluribus particulatim accipere cogere annuum canonem.

P

nem.



nem. Hanc sententiam probant Accur. in d.l.7. Bart. in l. qui Romæ. §. duo fratres. ꝛ de V.O. vbi notat Alex. in addit. quod ista sit communis opinio DD.

## ASSERTIO LXXXVI.

*Ususfructus non dominij pars est, sed seruitus est.*

**T**RADITUR hæc assertio expressis verbis in l. rectè dicimus 25. ꝛ de V.S. vbi dicitur etiam enim fundum totum nostrum esse, cuius ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominij pars, sed seruitus est. Propriè enim ususfructus non est pars fundi, sed ius & seruitus. l. & per iusturandum, §. illud, ꝛ de accept. l. si à Reo. 76. §. fureo. ꝛ de fideius. Seruitus est qualitas fundi. Qualitates & accidentia, non sunt substantiæ partes.

Sed obijcitur l. qui ususfructum 58. ꝛ de V.O. vbi dicitur, eum qui ususfructum fundi stipulatur, deinde fundum similem esse ei, qui prius partem, deinde totum stipulatur. Respondetur, quod Iulianus non dicit eundem esse, sed similem esse, quia reuera ususfructus fundi pars non est, fundus enim corporalis res est, ususfructus incorporalis. Sed ideo hinc similis est, quia qualitas hæc, ususfructus scilicet, omnia fundi emolumenta continet, ideoque partis instar est.

Secundò obijcitur l. 4. ꝛ de usufr. vbi apertè traditur, ususfructum partem dominij esse, sed additur hoc in multis casibus obtinere. Nam hoc verum est, si ususfructus cum suo dominio sit coniunctus, tunc enim qui dominus est proprietatis, idem etiam ususfructus dominus est, quia plenam habet proprietatem. Itaque quoties pactis vel testamento agitur, vt dominium fundi in aliquem transferatur, tunc nisi nominatim ususfructus exceptus est, etiam fundi & dominij appellatione ususfructus contineri intelligitur. Vnde cum vni legatur fundus, & alteri ususfructus, ambo concurrunt in usufructu fundi. l. si alij 19. ꝛ de usufr. leg. Hinc etiam fundo legato, cuius ususfructus erat alienus, heres non liberatur nisi & ususfructum legatario dederit. l.

rit. l. Mæuius 66. §. pen. l. cum filius 76. §. dominus. de leg. 2. Sic denique qui promisit fundum, etiam ususfructum tanquam dominij partem præstare tenetur. d. l. qui ususfructum. & reo obligato in fundum, fideiussor in ususfructum rectè accedit. d. §. si reo. Vide latius de hac quæstione Donel. lib. 9. Com. c. 9. & lib. 10. c. 2. Cuiac. ad l. si vnus 27. §. item si pactus. ꝛ de pact. & ad l. 58. de V.O.

## ASSERTIO LXXXVII.

*Fructibus annuis fundi legatis, ususfructus legatus censetur.*

**Q**UÆRITUR, an si quis annuos redditus vel fructus fundi leget, ususfructum legasse censetur? Et verius est, ususfructum fundi his verbis constitutum censeretur. text. est in l. si quis 20. ꝛ de usufr. Idem traditur in l. cum ita 41. ꝛ de usufr. leg.

Sed obstant duo responsa IC<sup>torum</sup>. Imprimis l. fundi 38. ꝛ de usufr. leg. Vbi deciditur, hac formula legati, Vxori meæ quoad viuat, fundi redditus dari volo: non censeretur relictum ususfructum, sed heres ipse percipiet fructus, eosque redactos singulis annis, suo ministerio dabit legatario. Resp. sub distinctione. Aut testator dixit, Fructus seu redditus fundi illius do lego; & hoc casu ususfructus censetur legatus, quia testator facit fructuario plenam potestatem propria auctoritate fructus percipiendi. Hæc potestas faciendi, & sumendi ex alieno, inuito domino, seruitutem & ususfructum constituit. l. quoties 15. in fi. ꝛ de seruit. Aut testator ita dixit, fructus illius fundi ab herede illi dari volo; & hoc casu non censetur ususfructus legatus, quia non potest legatarius in fundo habitare, & proprio arbitrio percipere fructus, quod proprium & peculiare est ususfructus. l. 7. ꝛ de usufr. sed ex manibus heredis eos percipere & consequi debet.

Secundò aduersatur l. defuncta 58. §. 1. ꝛ de usufr. vbi testator ita scripsit, Sempronio do lego ex reductu seu redditu fructuum,



ctuum, quos habeo in illo agro, partē sextam. Respondet Scæ- uola, non vsumfructum, sed ex eo quod redactum esset, partem sextam legatam, nempe quam præstet hæres, non quam legatarius iure vsumfructus percipiat. Resp. Aliud est legare annuos fructus seu redditus, quo casu vsumfructus legatus censetur, quia seruitus est, vt ante dixi: facit enim testator legatario fructuum sumendorum & percipiendorum facultatem. Aliud est legare ex redactu seu reditu fructuum partem aliquam. Hoc enim casu non censetur potestas redigendorū fructuum collata legatario, sed ipse heres prius percipiet & rediget fructus, deinde partem ipsorum præstabit legatario. Et ita tot capitula inter se aduersantia rectè conciliantur. Donel. lib. 10. Com. c. 5. Costal. ad d. l. si quis 20.

ASSERTIO LXXXVIII.

*Fructus sine vsu esse non potest.*

**Q**UÆSTIO hæc, an fructus possit sine vsu constitui, dubia & controuersa fuit inter ipsos IC<sup>tos</sup>. Nam in l. si alij 42. §. de vsufr. & in l. per seruum 14. §. 1. §. de vsu & hab. statuitur fructum sine vsu esse non posse. Contrarium in l. 5. §. 1. §. de vsufr. quem. cau. asseritur, vbi deciditur fructum sine vsu obtingere posse. Hæc antinomia potest hac distinctione conciliari. Aut vsus accipitur pro vniuersa vtendi facultate & commoditate, & talis vsus non potest ab vsumfructu distingui, seu separari. Aut vsus accipitur pro separata specie seruitutis, quæ est ius vtendi rebus alienis ad necessitatem tantum, & totam rei commoditatem non absorbet, & hic vsus potest ab vsumfructu separari. Fructuarius igitur cui fructus sine vsu legatus est, vsum habere non definit, sed tamen illud tantum habebit, quod plus est in vsu alterius, hoc est, deducto vsu alterius. Costal. ad d. l. si alij.

ASSERTIO

ASSERTIO LXXXIX.

*Testator non potest vsumfructuario remittere cautionem fructuariam earum rerum quæ vsu consumuntur, in præiudicium heredis.*

**N**E vsumfructuarius rem in vsumfructum datam perdat, aut corrumpat, cogitur cauere domino proprietatis, se vsurum fruiturum boni viri arbitrio, & finito vsumfructu restitutum quod inde extabit. l. 1. & 7. §. de vsufr. quem. cau. Adeo autem præcisè tenetur vsumfructuarius hanc cautionem præstare, vt non possit testator, qui legauit alicui omnium suorum bonorum vsumfructum, hanc cautionem remittere legatario, in præiudicium heredis. tex. est in l. 1. & 4. C. de vsufr.

Sed huic assertioni opponitur l. scire. & l. 2. C. Vt in poss. lega. vbi traditur, quod cautio, quam heres legatorum nomine, quæ sub conditione vel in diem relicta sunt præstare tenetur, testamento remitti potest. Ergo & eodem iure hæc cautio fructuario remitti potest, quia vtraque pertinet ad rem priuatam, & ius defuncti. Resp. Propter duplicem causam fructuaria cautio à testatore remitti non potest, tum quia amoto cautionis metu inuitatur fructuarius ad delinquendum, puta ad abutendum re fructuaria, & pro libidine in ea grassandum, tum quia introducta est in fauorem heredis. Sed cautio legatorum nomine introducta est in fauorem testatoris, ideoque testamento remitti potest. Adde quod facilius abutuntur fructuarij, quam heredes: quia heredes sperant legata sub conditione relicta, deficiente conditione apud se remansura.

Verum adhuc instatur contra hanc solutionem, quod testator potest prohibere Falcidiam, quæ tamen in fauorem heredis est inuenta. Auth. sed cum testator. C. Ad L. Falcid. Resp. Falcidia potius fauore ipsius testatoris est introducta, ne decedat sine herede: quod fieret, si heredi non concederetur aliquod commodum, propter quod hereditatem adiret. Denique sciendum, quod licet testator non possit cautionem fructuariam remittere,



mittere, heredem tamen posse huiusmodi cautionem remittere. arg. l. potest. 71.  $\pi$  ad. L. Falc. quia est favore heredis introducta, quilibet autem potest favori pro se introducto renunciare. l. pen. C. de pact. Ita decidit Accur. in l. 1. C. de usufr. refragante Bartolo.

## ASSERTIO XC.

*Vsufuctuarius ius vindicandarum seruitutum habet.*

**I**N hac quaestione, An vsufuctuario competat actio confessoria pro vindicandis seruitutibus fundo fructuario debitis, parum sibi videntur constare I C<sup>a</sup>. Nam in l. 1. §. item Iuliano,  $\pi$  de remis. traditur, fructuario ius esse vindicandarum seruitutum. Contrarium in l. 1. in princ. & l. uti frui. §. vtrum.  $\pi$ . Si vsufr. pet. disertè scribitur. Accursius dupliciter hanc antinomiali dissoluit: primò, vt directam actionem pro seruitute vsufuctuarius non intendat. d. l. 1. & d. §. vtrum. vtilem verò proponere possit. d. l. 1.  $\pi$  de remis. Secundò, vindicationem seruitutis fructuario principaliter non competere, secus in consequentiam, vindicando scilicet vsufuctum, qua vindicatione consequetur, vt vicinus pati debeat eum seruitutibus uti. Multa enim principaliter prohibentur, quæ in consequentiam conceduntur. l. 1.  $\pi$  de auct. tuto.

Rectius Coraf. in l. ei qui.  $\pi$  de seruit. existimat fructuarii suo nomine seruitutem vindicare non posse. d. l. 1. & d. l. uti frui. at nomine domini ius vindicationis habere. d. §. item Iuliano. Quam sententiam comprobatur, quod in d. §. item Iuliano, subijcitur, quòd nouum opus vicino fructuarius nunciare poterit. Quod alibi Vlpian. exponit, si procuratorio nomine domini nuntiet fructuarius: nam suo nomine non potest. l. 1. §. fin.  $\pi$  de no. op. nun. Quoniam igitur fructuarius ius duntaxat habet in vsufuctu, ratione cuius tantummodò agere poterit, nequit & seruitutem vindicare. Nam cum vsufuctus seruitus sit, si seruitutem præterea peteret, seruitutis diceret esse seruitutem, quæ petitio admittenda non est. l. 1.  $\pi$  de vsu & vsufr. lega.

ASSERTIO

## ASSERTIO XCI.

*Vsufuctuarius vsufuctum alienare non potest.*

**Q**UOD vsufuctuarius non possit vsufuctum alienare, vel vendere, probatur apertè per tex. in §. finitur. Inst. de vsufr. & l. si vsufuctus 66.  $\pi$  de iu. dot. & l. vsufuctu. 9. C. de vsufr.

Sed contraria sententia, quòd liberè vsufuctus alienari possit, plurimum probatur per l. arboribus 12. §. vsufuctuarius, & l. cui vsufuctus 67.  $\pi$  de vsufr. vbi dicitur, vsufuctuarius vel ipsum frui ea re, vel locare, vel vendere, vel alij fruendam concedere posse. Resp. Hæc leges sunt ita conciliandæ, quòd vsufuctuarius commoditatem percipiendorum fructuum alteri quidem vendere, locare, aut donare possit, sed ipsum ius vsufuctus alienare non potest. Itaque in primo vsufuctuario ius vsufuctus manebit, comoditas autem percipiendorum fructuum ad emtorem, conductorem aut donatarium transibit. Quamdiu ergo viuit prior vsufuctuarius, qui vsufuctum alienauit, durabit hæc comoditas apud accipientem, illo verò mortuo finietur: quia resolutio iure dantis, resoluitur ius accipientis, l. Lex vectigali.  $\pi$  de pign. Hæc sententia expressè confirmatur à Pomponio in d. l. si vsufuctus.  $\pi$  de iu. dot. vbi dicitur, quòd maritus, qui vsufuctum à domino proprietatis in dotem accepit, hoc modo mulieri post diuortium reddet vsufuctum, vt vel locet, vel vendat hunc mulieri vno nummo, vt ipsum ius vsufuctus maneat penes maritum, perceptio verò fructuum ad mulierem pertineat. Idem apertè traditur in l. necessariò. §. fin.  $\pi$  de poi. & com. rei vend.

Quæritur autem, an si vendidit vel cessit vsufuctuarius extraneo ipsum ius vsufuctus, amittat vsufuctum. Quod videtur batur prima facie dicendum ex d. l. si vsufuctus, vbi dicitur, cessione vsufuctus extraneo facta nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reuerti vsufuctum. Verum hoc ita accipiendum est, vt tum demum ad proprietarium redeat vsufuctus,



fructus, si legitimo modo sit extinctus. Iniquum enim esset, cum nullum delictum, nulla vis in se in cessatione, eo facto quempiam ius suum amittere. c. non præstat. de R. I. in 6. l. ea quidem. C. Si manē. ita fuer. alie. Ita not. rectē Wesem. in parat. ad tit. Qu. mo. vsufr. am.

## ASSERTIO XCII.

*Omnes seruitutes longi temporis præscriptione acquiruntur, remota distinctione D D. inter continuas & discontinuas.*

QVOD ad præscriptionem seruitutum attinet, distinguunt DD. inter continuam & discontinuam. Seruitus continua est, quæ facta & industria hominis opus non habet, sed semel constituta semper durat: cuiusmodi est ius tigni immittendi, item altius ædificandi, vel stillicidij recipiendi. l. foramen. §. de seru. urb. præd. Hæ seruitutes longo vsu & diuturna quasi possessione præscribuntur, decem annis inter præsentēs, viginti inter absentes. l. 2. C. de seruit. l. si quis diuturno. §. Si ser. vend. Discontinuas sunt, quæ non habent causam continuam, sed quarum vsus intermittitur, sicut est ius eundi, agendi &c. Hæ seruitutes quia opera & manu hominis indigent, non possunt habere causam perpetuam, & idē non nisi tanto tempore, cuius initij memoria non extat, præscribuntur. l. 1. §. vlt. l. 2. §. idem. Labeo. §. de aq. plu. arc. l. 3. §. ductus aquæ. §. de aq. quot. & æst. Hæc est communis DD. distinctio, quæ tamen si ad limam veritatis reuocetur, subsistere non potest: omnes enim seruitutes prædiorum perpetuam causam habere debent, id est, talem conditionem, vt suapte natura & potentia vsus earum continuari possit. d. l. foramen. Verius itaque, & legibus magis consentaneum est, quod omnes seruitutes etiam discontinuas longo tempore præscribantur: contra Accursij, Bartoli, & aliorum sententiam. Confirmatur hæc sententia per d. l. si quis diuturno. vbi Vlpian. indistinctè scribit, seruitutes longa quasi possessione, & diuturno vsu acquiri. Idem habetur in l. 5.

in l. 5. de itin. act. q. priu. l. 1. §. vlt. §. de aq. plu. arc. vbi seruitutes longa quasi possessione generaliter acquiri dicuntur. Similiter in l. 2. C. de seruit. seruitutes longo tempore acquiri, exemplo rerum immobilium constituitur. Huic tamen sententiæ obijcitur l. 14. §. de seruit. vbi Paulus negat seruitutes longo tempore vsucapi, quod & idem. in l. 4. §. si viam & §. vlt. §. de vsuca. respondit. Sed hæc responsa ita sunt concilianda, quod iure veteri seruitutes in vsucapionem non cadebant, quia sine possessione continua nulla procedit vsucapio. l. 25. §. de vsuca. incorporales autem res, vt sunt seruitutes, possideri non possunt. l. seruus. §. incorporales §. de acq. re. do. ergo nec vsucapi. Sed cum non poterant vsucapi, diuturno tamen vsu, & longa quasi possessione præscribebantur, vsus enim earum possessionis loco est. d. l. si quis diuturno. Inter quam longi temporis præscriptionem, & vsucapionem multum iure veteri intererat: vsucapio enim plenum dominium adijciebat. l. Iulianus. 17. §. de rei vend. præscriptio verò vile dominium tantum, & exceptionem vel vtilem actionem concedebat. l. si quis emtionis. 8. C. de præsc. 30. an. d. l. si quis diuturno. Vsucapio rerum tantum erat corporaliū, & earum quæ sunt in solo Italico l. vsucapionem. §. de vsucap. præscriptio verò longi temporis in vectigalibus tributarijs, & prouincialibus prædijs obtinebat. l. si finita. §. si de vectigalibus. §. de dam. inf. l. cum spondit. §. in vectigalibus. §. de publ. act. Illa sine titulo non procedit, in hac de titulo docere non est necesse, d. l. si quis diuturno. Hotom. lib. obs. 3. c. 25. Hanc conciliationem probant Duare, Costal. & Charon. ad d. l. seruitutes. Longoual. ad d. l. imperium. Sed Iustinianus sustulit has intricatas subtilitates, & constituit, vt indifferenter omnes seruitutes longo tempore vsucaperentur, eodemque tempore non vtendo amitterentur. l. vlt. C. de lon. tem. præsc. l. vnic. C. de vsuca. transfor. Wesem. in parat. de seruit. num. 5. Collabascit ergo DD. distinctio inter præscriptionem seruitutum continuarum & discontinuarum. Ratio DD. fuit hæc, quia singularium actuum interruptio possessionis continuationem interrumpit: quæ facillè ex eo refellitur, quod & in seruitutibus personalibus, vt vsufructu, actus sunt discontinui, & tamen



& tamen longo tempore præscribuntur Respondendum itaque ad eam DD. objectionem, cum Wesem. quod sicut in personalibus seruitutibus, ita & in realibus, potius inspicitur animus possidentis, cui debetur seruitus, quam actuum intervallum: qui animus semper est continuus, licet actus seruitutis aliquando intermittantur.

Secundo repugnat. l. 3. §. ductus aquæ. & de aq. quo. & æst. ubi Pomponius respondit, aquæ ductum, cuius origo memoriam hominum excedit, constituti loco haberi. Resp. Per hoc IC. non negat, quin breviori tempore acquiri possit seruitus: sed hoc affirmat, tempus immemorabile habere vim privilegij, ut qui usus sit seruitute, tempore tam longo, non opus habeat docere de iure suo, titulo vel bona fide, quia vetustas vicem constitutæ seruitutis obtinet. l. 1. §. vlt. l. 2. & l. vlt. & de aq. plu. arc. Minf. cent. 1. obs. 30. Duare. lib. 1. disp. c. 34.

Tertiò obijcitur l. foramen. & de seru. urb. præd. ubi dicitur, quod omnes seruitutes debent habere causam perpetuam & additur, nisi habeant causam perpetuam: tempore acquiri non possunt. Vnde videtur colligi, seruitutes discontinuas non vti capi. Resp. Seruitutum quidem debet esse causa perpetua & naturalis, sed non continua, hoc est ea debet esse conditio seruitutis, ut ea uti possimus perpetuò, siue actu, siue potentia. Hoc ergo assertur tantum in d. l. foramen. quod omnes seruitutes debent habere perpetuam & naturalem causam, ut scilicet aptitudine & potentia perpetuò ijs uti liceat. Quod habet causam naturalem, perpetuò fieri intelligitur, etsi non fiat assidue, quia naturæ causa certa est, atque perpetua. Exempli gratia: Stillicidij vel fluminis immittendi seruitus ex aqua pluuiæ, perpetua est, etiam si non pluat assidue: quia hæc res ita ex natura pendet, ut semper pluere possit. Quod verò factio & manu opus habet, perpetuò fieri non intelligitur. Vnde non potest talis seruitus tempore acquiri, ut liceat mihi foramen habere in imo pariete, per quod proluuiem pavimenti mei in aedes vicini immittam, quia non est eius aquæ constans & naturalis causa. d. l. foramen. & ibi Duare. Cuiac. lib. Obs. c. 31.

Denique obstat l. 1. & tot. tit. & de itin. atiq. priu. ubi traditur, quod

rar, quod usu 30. dierum seruitutis possessio etiam in discontinuis quaeri videatur. Resp. In eo interdico non agitur de iure possessionis, ad quod acquirendum longo tempore opus est. l. 2. C. de lon. tem. præfor. l. 2. C. de seruit. ut Vlpian. ostendit in l. apparet. §. pen. & de itin. atiq. priu. sed de simplici usu itineris & viæ rusticæ, quam ob commoditatem transuehendarum frugum atque fructuum, non impeditur ei, qui xxx. diebus usus esset, visum fuit vtilius, donec scilicet de iure possessionis plenius fuerit cognitum.

## ASSERTIO XCIII.

Ad præscriptionem seruitutum, non opus esse titulo, contra DVARENVM, verius est.

**P**ROBATVR hæc decisio per l. si quis diuturno. & Si fer. vend. ubi dicitur, quod qui longo tempore ius aquæ ductendæ nactus fuerit, non cogitur docere de iure suo, id est titulo, ut ibi annotat Accur. Idem in l. fin. & de aq. plu. arc. traditur, quod vetustate aquæ ductus acquiratur, etiam si ius non probetur. Hoc saltem opus est, ut qui seruitutem sibi adferit, ea per longum tempus usus sit, & bonam fidem in præscribenda seruitute habuerit, hoc est, non vi, non clam, non precario seruitutem acquisuerit, his enim tribus modis mala fide possidetur. l. Pomponius. §. & de acq. pos. Cuiac. ad l. 4. in fi. & de vñca. Ratio huius decisionis est, quia in præscriptione requiritur taciturnitas & patientia aduersarij, quæ loco tituli habetur: per patientiam enim inducitur præsumtus consensus, & ficta quædam concessio, quæ tantum operari debet, in rebus in corporalibus, quantum expressa in rebus corporalibus. arg. l. Labco. 19. & de aq. plu. arc. Patientia enim aduersarij certum præbet impostæ aliquando seruitutis argumentum, quia cum tamdiu tacente & patiente domino usi sumus seruitute, eo volente censetur ius vñcaptum acquisivisse. Ex diuturna enim taciturnitate, patientia & longo usu, præsumitur consensus, & titulus. l. qui in aliena. §. 1. ubi DD. & de acq. her. l. si filius. C. de pe. her.



her. Plainè vno casu in seruitutibus præscribendis, non est necessaria patientia eius, contra quem præscribitur, quando videlicet quis præscribit eum titulo habito à non domino, quia tunc non requiritur domini patientia. tex. est in l. si ego. §. 1. in verb. traditis, vel per patientiam concessis. ¶ de pub. act. Quod distictum pro singulari & menti perpetuò tenendum refert Castren. in l. seruitutes. num. 9. ¶ de seruit. Grauer. de antiq. temp. par. 4. c. 3. num. 2. ¶ de seruit. l. 1. §. 1. in verb. traditis, vel per patientiam concessis.

## ASSERTIO XCIV.

Ob omnes seruitutes tam urbanas quam rusticas

**P**ROBATVR hæc sententia per l. 1. §. item Iuliano. ¶ de remis. vbi dicitur, Ius nuntiandi nouum opus habet, qui aut dominium, aut seruitutem habet. Nec distinguitur, an ea sit urbana seruitus an rustica, cum certa diuersitatis ratio reddi nulla possit. Probat idem l. in iudicio 47. ¶ Fam. ercis. vbi dicitur, si dum res in arbitrio est, de iure prædij controuersia est, placet omnes eos, inter quos arbiter sumtus est, opus nouum nuntiare pro sua quemque parte posse. ¶ Obijciuntur l. qui viam. ¶ de no. op. nunc. Vbi dicitur, quod qui viam habet, opus nouum nuntiare non possit. Resp. Cum in suo prædio quis ædificat, non aliter ei nuntiarì potest nouum opus, nisi opus nuntianti obesse appareat. l. 5. §. meminisse. ¶ de no. op. nunc. Ideoque seruitutis nomine tum nuntiarì potest nouum opus, cum probatum fuerit opus nuntianti impedimento esse, quo minus seruitute sibi debita vtatur. Quod fiet, si actione confessoria intentata, prius probet seruitutem sibi deberi in eo loco, in quo vicinus vult ædificare. Probato itaque eo, quod per ædificationem nocetur seruituti, aut ea prorsus tollitur, tunc licebit nouum opus nuntiare. Hoc autem probabitur intentata primò actione confessoria, qua docebit seruitutem viæ per eam agri partem sibi competere, in qua ædificium aduersarius molitur. Ante verò seruitutis probationem, nuntiarì

riari nouum opus non potest, & si quis nuntiet, nihil agit, id est, nouum opus non inhihet, verum actione confessoria prius instituta seruitutem vindicare non prohibetur, qua probata nuntiabit nouum opus. Hæc solutio probatur per l. si eo loco 9. ¶ Si ser. vend.

## ASSERTIO XCV.

Urbanum prædium distinguit à rustico, non locus, sed materia.

**V**RBANA prædia dicuntur, non ea quæ in vrbe tantum sunt extructa, sed omnia ædificia habitandi causa facta, siue in vrbe, siue ruri extra vrbem, in villis, vicis & pagis. l. 1. ¶ Com. præd. l. urbana 198. de V. S. Rustica prædia sunt, quæ fructuum percipiendorum & colligendorum, vel pecorum custodiendarum gratia sunt constructa: vt sunt stabula, horti, vineæ. d. l. urbana. Sed huic sententiæ vehementer aduersatur Neratius in l. eo iure §. stabula. ¶ In qu. cau. pig. tac. cont. vbi stabula urbana prædia esse adfirmat. Hæc antinomia ita videtur probabiliter conciliari posse, quod stabula in duplici significatione accipiuntur. Aut enim significant diuersoria & tabernas, quibus viatores hospitio excipiuntur, & tunc stabula inter ædificia seu prædia urbana computantur, inuecta que & illata hoc casu domino stabuli tacite pignori obligata erunt. Sic accipi debet. d. §. stabula. Sic quoque stabula pro diuersorijs hominum mansioni comparatis accipiuntur in. l. vine. §. fin. ¶ Furt. adu. naut. caup. stab. Aut stabula significant stationes iumentorum equorumque causa paratas. l. 13. in fi. ¶ de vsufr. & tunc pro rusticis prædijs accipiuntur l. 5. ¶ Nau. caup. stab. quia hæc stabula ob rusticum vsu habentur. Rusticum nanque prædium ab urbano qualitate, hoc est, vsu & sine secernitur. l. si prædium 16. C. de mino. Itaque urbanum prædium dicitur omne ædificium, quod ad urbanum vsu, hoc est, inhabitandi, recreandi, mercaturæ ve gratia habetur, siue in vrbe, siue ruri sit positum. Contra rusticum prædium censetur, quod vsu rusticum



ficum præbet, vt pote quod fructuum percipiendorum, agrorum colendorum aut pecoris recipiendi gratia paratum est. Ita tradit Alcias ad d. l. urbana. Subtilius tamen & exactius Connanus lib. 4. Com. c. 10. num. 7. & Godæus ad d. l. urbana. de V. S. ita distinguunt. Quando stabula meritoria conficiuntur, vt pecora & armenta recipiantur: sunt quidem rustica prædia, si secundarium finem respicias. Verum si primum stabulorum finem attendas, sunt urbana prædia, quia eo præcipue sine sunt constructa, vt mercedis ergo recipiantur pecora. Quæ mercedis perceptio efficit, vt sapiant naturam urbani prædij, quia fructus præcipuus eorum stabulorum in mercede ac commercio consistit, qui vsus est urbanus, non rusticus. Ideoque quoad taciti pignoris causam, habentur stabula meritoria pro prædijs urbanis, ita vt pecora etiam à conductore illata tacite pignori obligentur. d. l. eo iure. §. stabula.

## ASSERTIO XCVI.

*Seruitutes reales sine prædijs non possunt constitui.*

**I**n l. 1. §. Com. præd. & §. Ideo. Inst. de seru. rust. præd. dicitur, seruitutes prædiorum sine prædijs constitui non posse.

Contrarium dicitur in l. si seruus 23. §. vlt. §. de seru. urb. præd. & l. Labeo 10. §. de seru. rust. præd. & l. fundum 46. §. si per alienum. §. de euct. In d. §. vlt. & d. l. Labeo ait I. C. quod seruitus etiam futuro edificio imponi possit. In §. si per alienum, dicitur, si per alienum fundum, viam aliquis constituerit, quod ille euctionis nomine stipulanti obligetur. Resp. Seruitus vt statim pro constituta habeatur, sine prædijs existentibus constitui nequit. d. l. 1. At promitti per stipulationem vel pactum etiam potest sine fundo. l. heredes. §. an ea. & §. seq. §. Fam. erc. ex qua promissione non reale, sed personale ius coalescit. l. Lucius §. de seru. rust. præd. Sic de alieno fundo seruitus promitti potest, quo casu non tenebit seruitus, sed de euctione erit personalis actio. Idem tamen & futuro edificio recte promittitur serui-

seruitus, non vt nunc valeat (neque enim sine prædio potest consistere) sed valebit cum domus erit ædificata.

Secundo opponitur, quod seruitus aquæ ductus non semper in hæret prædio. per l. 1. §. præterea Labeo. §. de aq. quot & æst. vbi I. C. Vlpian. ait, quod quidam ductus aquarum non sunt fundi, quia quocumque duci possunt. Vnde apparet aquæ ductus aliquando non fundi esse, hoc est, prædio siue fundo non in hære, sed personæ: & tamen aquæ ductus est seruitus rustici prædij. l. 1. §. de seru. rust. præd. Idem dicitur de seruitute aquæ haustus in l. Mela. §. quidam. §. de ali. lega. vbi refertur aquæ haustus inter seruitutes personales, cum tamen in l. si mihi 20. §. fin. §. de seru. rust. ius hauriendi dicatur, non hominis sed prædij. Resp. Seruitutes aquæ ductus & aquæ haustus prædiorum esse, vbi prædijs debentur: at vbi non prædijs, sed personæ debentur, personarum sunt d. §. quidam & d. §. præterea. Sed adhuc vehementer vrgentur verba. d. §. quidam, vbi sic I. C. scribit. Nam etsi haustus aquæ est seruitus, personæ tamen ei qui vicinus non est, inutiliter relinquitur. Resp. Colon est ponendum post verbum seruitus & ita legendum, nam etsi haustus aquæ est seruitus, personæ tamen ei, &c. Quibus verbis vult dicere I. C. seruitutem prædij constitui non posse nisi vicino. At hæc seruitus aquæ haustus non prædij est, sed personæ, vbi ei qui vicinum fundum non habet, est relicta, cui ea ratione non inutiliter relinquatur, arg. l. pecoris. & l. seq. §. de seru. rust. præd. Coras. in rub. de seruit. num. 32. Donel. lib. 11. Com. c. 7.

Tertio opponitur L. Lucius §. de seru. rust. vbi dicitur, quod aquæ ductus, quæ realis est seruitus, personæ non prædio debetur. Resp. Non est nouum, seruitutem suapte natura realem, propterea quod ad personam referatur & constringatur, fieri personalem. l. cum seruus 39. §. si quis alicui. de leg. 1. vbi seruitus lapidis cadendi, quæ sui natura realis est. l. ergo. & l. vlt. §. de seru. rust. propter relationem factam ad personam, dicitur personalis. Porro in L. Lucius facta est concessio personalis, quia vsus aquæ, non ad domum modo, quæ in Isthmo erat, sed ad quemcumque alium locum concessus erat: vt merito intelligatur concessionem non contemplatione prædij, sed personæ factam



factam esse. Ea enim est natura seruitutum præsertim rusticarum, vt non nisi respectu vicini fundi & ad eius necessitatem constitui nequeant, seu quatenus ad ipsum fundum opus est. d. l. ergo. Cum itaque in L. Lucius, concessus fuerit vsus aquæ vicino ad fundum eius, & præterea quocunque ducere velit, dici non potest proprè seruitus realis. Est ergo potius personalis quædam concessio, quæ idè non transmittetur ad heredes. l. vsus aquæ. §. de vsu & hab.

## ASSERTIO XCVII.

*Seruitutes omnes prædiales perpetuam causam habere debent.*

**N**ATURA omnium seruitutum realium seu prædialium hæc est, vt perpetuam causam habere debeant, sin minus actu, at certè potentia. l. foramen 28. §. de fert. urb. præd. vbi dicitur, quòd non potest talis seruitus constitui, vt foramen in imo pariete conclauis mei habere mihi liceat, per quod possit proluuiès pauimenti mei in ædes vicini immitti. Ratio est, quia non est eius aquæ constans & naturalis causâ, sed operam & manum hominis desiderat. Aqua enim quæ proluendi pauimenti causa adhibetur, non est perpetua, quia manu iniicitur. Talis porrò debet esse res, in qua seruitus constituitur, vt quis perpetuò ea vti possit, aptitudine siue potentia, vt semper idonea sit ad vsum seruitutis. Hinc stillicidij vel fluminis immittendi seruitus est perpetua, quia aqua pluuia quæ ex cælo cadit, perpetuam habet causam. Quod enim naturaliter fit, etsi non fiat continuò & assidue, perpetuò tamen fieri intelligitur. Hæc enim res ita ex natura pendet, vt semper pluere possit, vtque non pluere non possit. Hinc etiam ex lacu stagno & cisterna aquæductus concedi non potest, quia non habent viuam perennem & naturalem aquam, sed collectitiâ tantum, quæ hyeme plerunque ex imbribus cogitur, & æstate siccatur. d. l. foramen l. §. hoc interductum. §. de fonte. l. §. i. §. de flumin. cap. 1. Sed obijcitur huic assertioni l. §. caput & §. permittitur §. de aq.

§. de aq. quo. & æst. l. seruitus 9. §. de ser. rust. præd. Vbi dicitur, seruitutem aquæductus posse ex lacu & quocunque loco constitui. Respondendum. Aut lacus habet aquam viuam, perennem & perpetuam: & tunc aquæductus ex eo concedi potest. l. vnica. §. Vt in flumine pub. nau. Aut aquam viuam non habet: & tunc seruitus realis aquæductus ex eo lacu concedi non potest.

Secundò grauius obstat l. 2. §. Com. præd. vbi dicitur, posse concedi seruitutem, vt aqua per rotam tollatur vel hauriatur ex flumine, item vt aqua ex castello ducatur, quæ tamen aqua non est perennis. Nam castellum est receptaculum aquæ, in quod non naturaliter, sed manu & adhibitis organis aqua influit. Resp. Propriè & ipso iure non rectè aquæductus conceditur ex castello, quia hæc aqua perpetuam causam non habet, sed ex æquitate & tuitione Prætoris illa iura conseruantur. Ita tradunt Accur. & Bart. in d. l. 2. & confirmat Cuiac. lib. Obs. 3. c. 28. Vel dicendum, quòd aqua quæ ex castello ducitur, habet causam perpetuam, si inspiciatur initium seu origo aquæ influentis in castellum, quæ est perpetua.

Tertiò repugnat l. via 23. §. 1. §. de ser. rust. præd. vbi dicitur seruitutem nauigandi per lacum priuatum imponi posse, vt perueniatur ad fundum vicinum: atqui lacus non habet aquam perpetuam. Resp. Seruitutes aquæductus & aquæhaustus propriè & directò ex lacu constitui non possunt, quia lacus non habet aquam perennem, sed longo aquæductu & hauistu immittitur. Attamen ius nauigandi per lacum propriè & ipso iure constitui potest, quia nauigando non minuitur aqua ex lacu. Gl. in d. l. via.

Quartò repugnat vehementer l. sicuti. §. Aristo. §. Sifer. vend. vbi dicitur seruitutem fumi immittendi posse iure prædij imponi, quamuis constet manu & facto hominis ad hoc opus esse. Resp. Interdum quod manu fit, habet causam perpetuam, si videlicet eius habendi causa prædium, aut pars prædij, in qua id habetur, parata est. Sic fumi immittendi seruitus causam perpetuam habere dicitur, quia ad hunc vsum focus vel fornax destinatus est, vt aut ignem perpetuum habeat, aut  
R  
semper



femper paratus sit ad habendum. Atqui vt foramen habeam proluendi pauimenti mei gratia in pariete meo, & per id foramen ius emittendæ aquæ in prædium vicini, hæc non est feruitus prædialis, quia prædium propter id non est paratum & exstructum. Donel. lib. 11. Com. c. 3.

## ASSERTIO XCVIII.

*Seruitus quæ nec prædio, nec personæ vtilitatem adfert, constitui nequit.*

**H**oc proprium est omnium feruitutum, vt vel eius personæ cui acquiruntur, vel eius prædio, vtilitatem præbeant. Si ergo nullam ei, cui acquiritur, vel eius prædio vtilitatem adferat, feruitus constitui non potest. l. quoties 15. §. 1. de feruit. l. veluti 6. §. 1. de feru. rust. præd. Hinc eleganter dicitur in l. de pupillo. §. bellè. de no. op. nunc. quod quisquis in re sua ius suum aliqua in parte diminit, & alterius auget, feruitutem rei suæ imposuit.

Verùm his grauius obstat l. vt pomum 8. de feruit. vbi dicitur, feruitutem non posse ita imponi, vt pomum decerpere, vt spaciari & coenare in alieno fundo liceat: ex quo certè commoditas paciscentibus non parua quæritur. Resp. Seruitutes hæc vt reales constitui non possunt, quia earum natura debet habere perpetuam causam, vt omni tempore eis vti liceat. l. foramen. de fer. vrb. præd. l. 1. §. loquitur. de aq. quo. & ast. possunt autem vt feruitutes personales & iura personalia rectè constitui, quæ vbi semel constituta fuerint, possunt quidem à quolibet vendicari, at tamen vnà cum persona extinguuntur. l. pecoris 4. & duabus legibus sequentibus. de feruit. rustic. præd. l. Melæ 14. de alim. lega. Duarenus ad dictam legem, vt pomum.

Secundò aduersatur, quod feruitutes aliquæ non solùm ad vtilitatem acquirentis, sed etiam amœnitatis & voluptatis gratia constituuntur. l. hoc iure 3. de aq. quo. & ast. l. competit 16.

§. 1. de

§. 1. de. Quod vi aut clam. Respondendum. Vtilitas non solùm vsum & commoditatem, sed etiam voluptatem & amœnitatem aliquando significat. l. statua 41. de vsufr. vbi dicitur, statua & imaginum vsufructum posse relinqui, quia & ipsæ habent vtilitatem aliquam, id est, voluptatem, quam ex aspectu percipimus.

Tertiò obijcitur l. ei fundo. de feruit. vbi dicitur, feruitutem aquæ ductus concedi posse, etiam si eius fundo cui quæritur, aquam ducere non expediat. Resp. Hoc ita accipiendum est, quod feruitus aquæ ductus concedi potest, etiam si tempore concessionis non sit vtilis, dummodò existiment contrahentes, eam in posterum prædio vtilem futuram. Nam vtilitatem præsentem hic non solùm attendimus, sed futuram quoque. l. si infantis 55. de vsufr. Ita d. l. ei fundo, Acc. Bart. & DD. communiter intelligunt.

## ASSERTIO XCIX.

*Ius altius tollendi feruitus est.*

**I**us altius tollendi inter feruitutes prædiorum ponit IC<sup>us</sup> in l. 2. de fer. vrb. præd. & l. 2. de fer. rust. præd. Sed hoc exemplum mirè torsit ingenia Doctorum. Quomodo enim quis iure constitutæ feruitutis petat licere ædes altius tollere, cum id à naturali libertate cuique concessum sit? Quilibet enim potest iure suo seu iure communi vsque in cœlum ædes suas extollere, etiam si vicini lumina in totum obscuret. Cuius enim est solum, eius est & cœlum supra solum. l. altius. C. de feruit. l. cum eo. & l. cuius de feru. vrb. præd. Ius ergo altius tollendi non conceditur iure feruitutis, cum competat iure libertatis, nam feruitus & libertas inter se sunt contraria. Resp. Noua lege illam ædificandi libertatem coarctatam esse: nam ita demum cuique liberum est ædes suas altius extollere, dummodò antiquarum ædificiorum formam & statum non excedat. l. qui luminibus. 11. de feru. vrb. præd. l. 1. C. de ædif. priua.

R 2

Non



Non licet ergo alicui ultra usitatum ædificiorum modum ædes suas extollere, nisi illam facultatem quæsiuerit à vicino: tuncque is cui à vicino pactione vel testamento concessum est, vt ædificando antiquum ædificiorum statum egredi possit, ius altius tollendi habebit non iure libertatis, sed veræ ac propriæ seruitutis: ac ius illud quod suapte natura liberum est, in seruitutis nomen conuertetur. Coraf. ad l. 1. de seruit. & lib. Misè. 3. c. 24. Wesembecius in parat. de seruit. num. 3. Potest etiam hoc modo facultas altius tollendi iure seruitutis competere, si quis postquam vicino concesserit, ius sibi non esse altius ædes suas tollendi, deinde à vicino impetret, vt sibi altius ædes tollere liceat, l. si domus 21. de seru. urb. præd. l. egi 26. de seruitute urb. præd. Brissonius in lexico in verb. Altius tollendi. Baro ad l. vlt. de seruit.

## ASSERTIO C.

*Seruitus pro parte acquiri vel imponi non potest.*

**R**EGULA est, quod seruitutes pro parte acquiri vel imponi non possunt, pro parte autem retineri possunt. l. si quis duas. §. si partem. Com. præd. l. vt pomum. §. 1. de seruit. l. 3. de seruit. lega. Quare & vnus socius seruitutem communi fundo acquirere, vel imponere non potest. l. 2. de seruit. l. 5. Com. præd. Ratio est, quia seruitutes natura sui diuisionem non recipiunt, vsusque earum indiuisus est, nemoque pro parte ire vel agere potest. l. via 17. de seruit. Adde & hanc rationem, quod seruitus postquam in fundo semel est constituta, ita per omnes partes & glebas est diffusâ, vt nullam non attingat. Seruitus enim tota est in toto fundo, & tota in qualibet eius parte.

Huic regulæ videtur obstare l. si ad certam. de seruit. vbi dicitur, ad certam partem fundi, seruitutem tam constitui, quam remitti posse. Resp. Regula accipienda est de parte pro indiuiso, non autem de parte pro diuiso, ad quam acquiri vel imponi potest

est seruitus. Ratio est, quia pars pro diuiso non est propriè pars, sed totum, id est, prædium, non pars prædij, d. §. si quis partem. l. recte 25. §. vlt. de V. S. Pars pro diuiso certa est, pars pro indiuiso incerta est. l. placet 25. Qu. mo. vsus iam. l. 1. §. hoc interdicitur. Vti poss. Item pars pro diuiso, sensu corporis, id est, corpore, pars pro indiuiso sensu mentis, id est, intellectu percipitur, l. 5. de stip. seru.

Secundò obstat l. pro parte 11. de seruit. vbi I. C. ait, si quis fundum habens, viam stipuletur, & partem fundi postea alienet, quod corrumpat stipulationem, in eum casum deducendo, à quo incipere non possit. Ergo pro parte seruitus retineri non potest. Resp. Aut promissa tantum est seruitus, aut constituta. Si promissa tantum est, conseruari pro parte dominij non potest, & de ea specie loquitur d. l. pro parte. Si constituta est, iam conseruatur pro parte, & regula de constituta seruitute loquitur, quæ fundo hæsit semel, eamque dicimus non confundi prorsus communicatione fundi seruiantis, vel dominantis, sed conseruari pro parte dominij. l. pen. §. vlt. de V. O.

Tertiò obijcitur l. si partem 25. de ser. rust. præd. vbi dicitur, aqueductum toti fundo quæsitum, pro modo & ratione partium retentiarum vel alienatarum in fundo diuidi. Resp. Ibi non ipsum ius seruitutis, sed commoditas tantum diuiditur, quæ diuisio est vtentium potius, quam seruitutis. Ius ipsum aqueductus indiuisum manet, sed commoditas aquæ certis mensuris determinari potest. Seruitutes itaque per se sunt indiuiduæ, licet commoditas earum per tempora & mensuras diuisionem admitat. l. arbor. §. vlt. Com. diu. l. 1. §. duo. l. Lucio, cum lege sequenti. de aq. quo. & est. Quomodo non propriè dicitur diuidi seruitus, sed eidem adijci modus vel tempus. l. 4. §. vlt. l. via. §. vlt. de seruit.

Postremò aduersatur l. 5. de vsufr. vbi dicitur, pro parte etiam indiuisa constitui posse vsufructum. Resp. Differt hac in re vsufructus à cæteris seruitutibus, quia vsufructus est diuiduus, & pro parte etiam indiuisa prædij constitui potest: hoc est,





stitutū, quā in seruitute ne luminibus officiat. Nam quem-  
admodum imposta seruitute aquæ ducendæ ad certum fundum,  
adquisitis postea prædijs ea seruitus non debetur, ita seruitus  
ne luminibus officiat, certis ædibus acquisita, nouis ædibus  
quæsitis non debetur. Sed si in ædificio, cui seruitus debetur,  
ne luminibus officiat, fenestræ aliquæ de nouo factæ sunt,  
de futuris quoque luminibus cautum videtur. Coraf. ad l. 1. de  
seruit. num. 31. 32. & 33.

Secundò opponitur hoc modo: Si obligatio respectu certæ  
rei contracta, illa crescente non augetur. l. Rutilia. ñ de con.  
emp. l. si tibi mandauero. §. is cuius. ñ Manda. l. certa fama.  
C. de iu. fil. lib. 11. sequitur, quòd in seruitute, ne luminibus  
officiatur, non veniant, neque comprehendantur lumina futura.  
Resp. Obligatio certæ rei respectu contracta non augetur  
illa crescente, si augmentum illud extrinsecum esset, hoc est, extra  
rem contingens. At si ex re ipsa augmentum eueniat, crescit  
sine dubio obligatio, quando non idè accessisse rei quicquam  
dicatur. l. vicinus. §. lacus. ñ de aq. plu. arc.

ASSERTIO II.

*Ad seruitutes prædiorum, neque interdictum Vnde vi, neque Vti possidetis, pertinet.*

**I**NTERDICTVM Vnde vi non datur deiecto de seruitutibus  
prædialibus, sicut nec interdictum Vti possidetis ei competit,  
qui in possessione seruitutis turbatur. Ratio est, quia hæc  
interdicta tantum ijs competunt, qui de possessione rerum corpora-  
lium & immobilium deiciuntur, seu in ea turbantur, l. 1. §. i. ñ  
de vi & vi ar. l. 1. in prin. ñ Vti poss. Præterea cum seruitutes  
vti res incorporales non possideantur, l. seruis. §. incorporales.  
ñ de acq. re. do. non possunt etiam pro ijs hæc interdicta com-  
petere. Existimant tamen Acc. Bart. & communiter DD. in l. vnic.  
C. Vti poss. etiam ijs qui deiciuntur vel turbantur in possessione  
seruitutum prædialium, hæc interdicta vtilia faltem competere.  
Quæ sententia iure defendi non potest.

Aduersa-

**A**duersatur primò huic assertioni l. vlt. ñ de seruit. & l. vlt. ñ  
Quem. seru. amit. vbi dicitur, interdicta quasi possessoria pro  
seruitutibus prædialibus constituta esse. Resp. Specialia quæ-  
dam interdicta seruitutum causa nominatim sunt comparata,  
veluti, de itinere actuque priuato, de aqua quotidiana & æstiuâ,  
de riuis, de fonte, & de cloacis. d. l. vlt. l. 2. §. vlt. ñ de superfic.  
Verum interdicta Vnde vi & Vti possidetis ad seruitutes præ-  
diorum non pertinent. Cuiac. ad l. 4. §. si viam. ñ de vsuca.  
Donel. ad l. vnic. num. 14. C. Vti poss.

Secundò obijcitur l. sicuti. §. Aristo. ñ Si ser. vend. Vbi di-  
citur, si quis in alieno aliquid faciat iure seruitutis, competere  
domino in eam rem interdictum Vti possidetis. Resp. Ibi inter-  
dictum non datur pro seruitute vindicanda, sed contra seruitu-  
tem, ad retinendam fundi nostri, aut ædium liberam possessio-  
nem, aduersus eum qui facto suo possessionis nobis facit con-  
trouersiam.

Tertiò aduersatur l. pen. §. item videamus, & §. Labeo. ñ Vti  
poss. vbi domino ædium, qui habet ius siue seruitutem projici-  
endi ex suis ædibus supra solum vicini, competit interdictum  
Vti possidetis, vt ei projectionis possessionem retinere liceat.  
Resp. Exemplum interdicti de superficiebus trahitur ibi ad  
projectionem, sicut ad similitudinem superficiarij datur etiam  
emphyteuta & vasallo idem interdictum. Hoc ergo interdicto  
is qui supra solū alterius ius projiciendi habet, eâ projectionem  
retinere potest. Ita eleganter declarat Cuiac. lib. Obs. 17. c. 2.

ASSERTIO III.

*Seruitutes neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione ipso iure constitui possunt.*

**A**SSERTIONEM hanc pro regula generali tradit Papi-  
nianus in l. 4. ñ de seruit. Ratio est, quia in seruitutibus  
facto patientiæ præsentaneo opus est, quo seruitus præ-  
dio imponatur. l. vlt. ñ de seruit. quæ semel imposta diem aut  
conditionem non recipit, quia seruitutes sua natura habent cau-  
sam

S



lam continuam & perpetuam, l. foramen 28. j. de ser. vrb. præd. Cui tamen enunciationi quatuor præcipuè aduersantur.

Primò obijcitur l. 4. ñ de vsuff. vbi dicitur, vsumfructum ex die dari posse. Resp. Personalis seruitus, vt puta vsusfructus ex die & ad diem deberi potest. Ratio est, quia vsusfructus est ius in faciendo consistens, id est, vtendo fruendo, ea lege, vt prius non sit, nec constituatur, quam quis frui possit. l. 1. ñ Qu. di. leg. ced. Itaque cum is ex die constitutus est, fructuarius ante diem frui non potest. Facta enim vt natura, ita & iure suspendi possunt, ne prius scilicet id facere liceat, quod in diem dilatum est, quam dies faciendi constitutus venerit. Donel. lib. xi. Com. c. ix. At verò seruitutes prædiales nihil aliud sunt, quam qualitates & iura prædiorum. l. quid aliud 86. de V.S. prædijs verò qualitas sub conditione vel ex die imponi non potest, quia non afficitur prædium per impositionem seruitutis realis, nisi ex vsu & possessione præsentis: quæ vbi semel competere cœpit, postea ipso iure per pactum diei vel temporis tolli nequit. Licet autem seruitutis constitutio ex die vel sub conditione ipso iure non subsistat, tamen tuitio Prætoris defendetur, qui æquitatem ante oculos habens, nihil æquius existimat quam pacta seruari. l. 1. ñ de pact.

Secundò refragatur l. existimo 98. ñ de V.O. vbi dicitur posse viam sub conditione promitti. Resp. Aliud est seruitutem constituere, aliud promittere. Qui constituit seruitutem, putat viam vel iter, statim viam dat vel cedit: quod sub conditione fieri non potest, rebus enim qualitates sub conditione non imponuntur. Qui verò sub conditione promittit se viam daturum, non statim constituit viam, sed tum demum, cum viam dat vel cedit. Promissio enim seruitutis non ius in re, sed ius ad rem tantum inducit, seu obligationem merè personalem, quæ illius est natura, vt conditionem vel diem recipiat. In constitutione verò seruitutis ipso facto patientiæ præsentaneo opus est, quo seruitus prædio imponatur. l. vlt. ñ de seruit. quæ semel imposita pactioibus hominum non potest variari, ideoque nec diem aut conditionem recipit, quia seruitutes natura sua habent causam continuam & perpetuam. Gouea. lib. 1. Var. lect. c. 9.

Tertiò

Tertiò opponitur d. l. 4. §. 1. & §. vlt. ñ de seruit. vbi dicitur, modum posse imponi seruitutibus, veluti quo genere vehiculi agatur, vel vt equo duntaxat, vel vt certum pondus vehatur, aut vt statis anni temporibus, certisve diebus quis vtatur. Resp. Condicio seruituti non rectè adijcitur, quia conditione adiecta in euentum conditionis obligatio suspenditur. l. cedere diem 13. ñ de V.S. Modus tamen adijci potest, quia modus neque obligationem neque petitionem suspendit, oblata cautione de modo implendo. l. si tibi 19. de leg. 3. l. quibus diebus 40. §. vlt. ñ de cond. & dem. l. cum in testamento 48. ñ de fidei. liber. Preterea modus significat qualitatem, ordinem & formam actui adhibitam, ipseque modus non facit, quo minus seruitus sit continua vel perpetua, sed tantum vsum seruitutis certis legibus moderatur, quod minimè est contra naturam seruitutis. Wes. in parat. de seruit. num. 8. Pulchrè Coraf. ad d. l. 4. §. modum.

Postremò obstat d. l. 4. §. vlt. ñ de seruit. vbi dicitur, posse seruitutem constitui adiectis temporum interuallis, puta vt aquam ducere liceat certis horis diei, item interdiu, non noctu. Resp. Illa seruitutis constitutio temporis adiectum habere intelligitur, quæ tempus habet, quo incipit aut finitur seruitus, id est, quando seruitus ex die vel ad diem constituitur. Cum autem seruitus constituitur, vt ea certis temporibus vti liceat, non constituitur ex tempore vel ad tempus, sed pura & perpetua est constitutio. Tantum intermedium vtendi tempus temperatur. Hoc temperamentum rectè dicitur modus constitutæ seruitutis. Donel. d. loco.

ASSERTIO IV.

*Seruitute concessa, ea omnia concessa intelliguntur, sine quibus seruitute vti non licet.*

**H**æc definitio comprobatur per l. 2. ñ de iurisd. l. seruitutes 20. §. 1. ñ de ser. vrb. præd. l. Veteres. ñ de itin. actuq. priu. Hinc itinere legato, quæ nisi opere facto, iri non possit, licere sodiendo substruendo iter facere, Paulus respondit. l. si iter 10. ñ de seruit. Item si propè tuum fundum



ius mihi est aquam riuo ducere, tacite hæc iura sequuntur, vt reficere mihi riuum liceat, vt adire quam proximè possim ad reficiendum ego fabriq̄ue mei, item vt spacium mihi relinquat dominus fundi, quo ad riuum adeam, & quã terram, limum, lapidem, arenam iacere possim. Obstat l. si prius. §. rectè placuit. ff. de aq. plu. arc. Vbi is cui constituta est seruitus aquæ ductus, non potest per lapidem aquam ducere. Resp. Qui seruitutem habet, omnia facere potest, quæ sunt ad eius seruitutis vsum necessaria, citra tamen graue incommodum domini. l. 3. §. vlt. ff. de itin. acti. priu. Ideoque is qui aquæ ductum habet, idè lapidibus riuum sternere non potest, quia hoc maiorem in modum fundum feruentem incommodaret. Nec multò melior inde redderetur conditio eius, cui seruitus debetur, cum possit fistulis & tubulis aquam ducere.

Secundò repugnat l. 3. §. vlt. ff. de ser. rust. præd. vbi dicitur, si concessus alicui fuerit aquæ haustus ad flumen publicum, nihil agi, neque in ea concessione inesse iter, siue ius ad eundem ad flumen. Resp. Idè in ea concessione iter seu aditus ad flumen non continetur, quia præcipua & principalis concessio seruitutis, scilicet aquam hauriendi ex flumine publico, non valet (licet enim cuique ex eo sine concessione huiusmodi aquam haurire & ducere) l. quo minus. ff. de flumin. vnde nec vaiebit tacita concessio itineris. l. si sponsus. §. 1. ff. de don. int. vi. & vx. l. 3. C. Si pend. app. mors interu. Verùm d. l. 3. §. fin. grauer aduersatur l. 2. ff. Com. præd. vbi dicitur, ius aquam hauriendi è flumine concedi posse. Resp. Hoc accipiendum est de flumine priuato, nam frustra & superuacuo conceditur aquæ haustus ex flumine publico. d. l. 3. §. vlt. Cuiac. lib. Obs. 3. c. 28.

Tertio repugnat assertioni l. Vsum fructuarium 61. ff. de vfufr. vbi dicitur, vsum fructuarium inchoatum ædificium consummare non posse, etiamsi aliter eo loco vti non possit. Resp. Aut vsum fructuarium toto iure vsum fructus vti non potest, nisi ædificium consummetur, & tunc habet ius ædificium perficiendi, arg. l. pen. ff. de vfufr. Aut particulari area vel inchoato ædificio aliter vti non potest, & tunc non poterit ædificium inchoatum consummare. Coraf. lib. 1. Misc. c. 6.

## ASSERTIO V.

*Inter seruitutes luminum, & ne luminibus officiat, item alius non tollendi, nulla est differentia.*

**Q**UOD hæc seruitutes nihil inter se differant, euincitur ex l. 15. & 16. ff. de ser. urb. præd. Quam enim l. C. in d. l. 15. appellat seruitutem, ne luminibus officiat, eam mox in seq. l. vocat seruitutem luminum. Quod verò seruitus altius non tollendi non differat à seruitute, ne luminibus officiat, ex eo euidenter apparet, quod ille finis & vsum est seruitutis altius non tollendi, ne vicini lumina obscurentur. Cum ergo vnus & idem vtriusque seruitutis sit finis & effectus, sequitur, eas nihil inter se differre.

Obijcitur l. 4. ff. de seru. urb. præd. Vbi IC. definit primùm seruitutem luminum, postea autem per aduersatiuam particulam subiicit, quid contineatur seruitute, ne luminibus officiat. Resp. Diuersæ quidem formulæ & conceptiones seruitutis ibi explicantur, res tamen vtrouque eadem est. Nam seruitute luminum constituta id acquisitum censetur, vt vicinus lumina nostra excipiat, id est, ne lumina nostra impediatur. Dicitur enim lumina nostra excipere, qui ea admittit, atque in suo consistere patitur, denique qui nihil facit in suo, quo minus lumina nostra vti sunt, ita sint. l. si seruitus 23. ff. de ser. urb. præd. Seruitute autem constituta, ne luminibus officiat, hoc acquisitum censetur, ne vicinus lumina ædium nostrarum obscuret, vel ædificando, vel quo alio opere. d. l. 15. Atque ita vtraque seruitus idem continet. Ita eleganter tradit Donel. lib. 11. Com. c. 5.

Secundò pugnat inter se in hac quæstione l. ædificia 12. & l. si arborem 17. ff. de ser. urb. præd. Nam in l. ædificia. traditur, quod qui debet seruitutem altius non tollendi, potest viridaria, id est, hortos arboribus confitos supra eam altitudinem habere. Contra in l. si arborem. asseritur, quod qui debet seruitutem, ne luminibus officiat, non potest arborem ibi positam habere, qua officiat luminibus vicini. Resp. Idè in d. l. 12. licet illi



supra suas ædes viridarium habere, quia promisit & adstrinxit se specialiter tantum, ne ædes suas altius tollat. Aliud est, quando in genere quis imposuit ædibus suis seruitutem altius non tollendi: nam ille neque altius ædificando, neque arbores plantando potest quicquam facere, quo officiat luminibus vicini. Vel verius & melius responderi potest, quod qui debet seruitutem ne altius ædes suas extollat, viridaria supra eam altitudinem habere potest, hoc est, loca herbis & plantis confita. Viridaria enim propriè sunt loca herbis & plantis, non verò arboribus confita. Atqui arborem non potest ibi ponere, qui debet seruitutem ne luminibus vicini officiat, quia arboribus lumen etiam offuscatur & aufertur.

## ASSERTIO VI.

*Seruitute simpliciter concessa, ei electio datur, cui concessa est, per quam partem fundi seruientis velit vti seruitute.*

**C**VM generaliter alicui per fundum alterius seruitus, puta iter, actus, vel via cõceditur, domino prædij, cui debetur seruitus, ius est eligendi, per quam partem velit vti seruitute. l. si cui 9. §. de seruit. Ratio est, quia quando simpliciter seruitus per alicuius fundum cessa vel legata est, non definita certa parte fundi, tunc totus fundus seruit ei, cui seruitus quæsita est, vnde merito ei electio conceditur. Neque est in potestate concedentis seruitutem definire, per quam fundi partem eum cui seruitus concessa est, ire agere velit, alioqui totus fundus non seruiret.

Verum grauius cum d. l. si cui. pugnat l. si via 26. §. de ser. rust. præd. Vbi dicitur, seruitute per fundum legata, non tribui facultatem legatario per quam partem fundi velit ire agere, sed nominatim heredi, per quam partem fundi velit seruitutem constituere. Resp. Ista electio non simpliciter tribuitur heredi, sed sub ista conditione, si modò ex ea re nulla captione, nullòve incommodo afficiatur legatarius. Itaque simpliciter electio conceditur legatario, per quam partem fundi eligat seruitutem, modò

modò abstineat certis partibus fundi, villis scilicet, vineis vel ædificijs, quæ excepta sunt ab electione, per quæ loca non licebit illi seruitutem eligere. In generali enim sermone tacitè quædam excepta intelliguntur ex æquo & bono, licet nominatim expressa non sunt. Itaque non per villam ipsam, nec per medias vineas ire agere sinendus est, cum id æquè commodè per aliam partem facere possit, minore fundi seruientis detrimento. Hæc loca fundi à generali concessione seruitutis sunt exempta, ex sententia & mente legantis aut contrahentium. Ratio est, quia non est malitijs indulgendum, & ea est natura seruitutum, vt quis quod sibi sit commodum, acquirat. l. quoties 13. §. de seruit. Itaque contra naturam seruitutum est, vt quis alteri tantum noceat, dum sibi non profit. Donel. lib. xi. Com. c. xiii.

## ASSERTIO VII.

*Scientia aduersarij in præscriptione seruitutum desideratur.*

**A**D acquirendam quasi possessionem seruitutum & aliarum rerum incorporalium, desideratur vsus eius, cui seruitus acquiritur, & patientia aduersarij. l. vlt. §. de seruit. l. 3. §. dare. §. de vsufr. l. si ergo xi. §. 1. §. de Publ. act. Cùm autem præscriptio in incorporalibus sine quasi possessione non contingat, l. sine. §. de vsuca. & illa quasi possessio haberi nequeat sine aduersarij patientia, l. 1. §. vlt. §. de ser. rust. præd. seruitur, in vsucapione seruitutum requiri, quia patientia sine scientia esse, & subsistere nequit. Ille enim pati tantum dicitur, qui non ignorat, l. qui patitur 18. §. Manda. Hæc est communis DD. opinio, quod scientia eius contra quem præscribitur, in præscriptione seruitutum opus sit. A qua nouè discessit Longo ual. in l. imperium. §. de iurisd. vbi tradit, seruitutes etiam ignorante aduersario vsucapi posse. Mouetur præcipuè per l. vlt. c. de lon. temp. præsc. vbi constituitur, præscriptionem longi temporis, tam in rebus corporalibus, quam incorporalibus, puta seruitu-



seruitutibus, non modò contra scientem, sed etiam ignoran-  
tem procedere. Verùm probabilior & iuri magis consentanea  
est communis D D. sententia. Quam manifestè probat l. 2. C.  
de seruit. vbi dicitur, aquæ ductum longo tempore acquiri, si  
quis sciente aduersario aquam per eius fundum duxit. Idem  
statuitur in l. si à te 16. ff. Si ser. vend. vbi dicitur, seruitutem  
stillicidij immittendi ab eo legitime quæsita censi, qui sciente  
aduersario hoc ius vsurpauit.

Sed grauiter obstat d. l. vlt. C. de lon. tem. præf. quæ dicit,  
in præscriptione seruitutum nullam expectandam scientiam vel  
ignorantiam aduersarij. Resp. ex sententia Corasij ad l. serui-  
tutes 14. ff. de serui. quòd cum seruitutes sine titulo vsucapiantur,  
l. si quis diuturno. ff. Si ser. vend. ne tot emergant circa  
vsucapionem seruitutum singularia, idèd placuisse legislatori,  
vt scientia eius contra quem præscribitur, in præscriptione ser-  
uitutum requiratur. Eo itaque casu, quo seruitus cum titulo  
vsucapitur, scientia aduersarij non requiritur, quæ etiam in præ-  
scriptione rerum corporalium non est necessaria, eò quòd in ea  
titulus requiratur. In quibus terminis d. l. vlt. loqui videtur.

ASSERTIO VIII.

*Iter est ius eundi ambulandi hominis. Actus est ius agendi iu-  
mentum vel vehiculum. Via est ius eundi, agendi & am-  
bulandi. Qui actum habet, & iter habet. Via & iter &  
actum in se continet.*

**H**ÆC omnia traduntur in l. 1. 7. & 12. ff. de ser. rust.  
præd. Obijcitur, quòd ex definitione viæ appareat,  
quòd nihil amplius in via, quàm in actu continetur:  
idèdque nulla est inter actum & viam differentia, nam actus est  
ius agendi iumentum vel vehiculum, atque actus iter quoque  
in se continet. Via quoque nihil aliud est, quàm ius eundi,  
agendi & ambulandi. d. l. 1. Resp. Differunt nihilominus actus  
& via, eò quòd dupliciter plus inuenitur in via quàm in actu.  
Nam primò qui habet viam, trahere lapides & trabes, & rectam  
hastam

hastam ferre potest, quæ non permittuntur habenti actum, l.  
qui sella 7. §. 1. & §. qui viam. ff. de ser. rust. præd.

Secundò differunt, quòd viæ latitudo designata est à lege,  
vt in porrectum octo, in anfractum sedecim pedes habeat; actus  
verò latitudo incerta est, & determinatur vel à contrahentibus,  
vel ab arbitro. l. viæ 8. l. via 23. l. certo generi 13. §. latitudo. ff. de  
ser. rust. Potest etiam hoc modo responderi, quòd ex proprie-  
tate & substantia viæ sit, vt is qui viam habet, vehiculum ducere  
possit. d. l. via. 23. Via enim à vehendo dicta est, quasi veba. At-  
qui actu concesso, non est necessarium, vt per eum locum possit  
vehiculum duci: sufficit siquidem habenti actum, vt iumentum  
solum ducere queat. l. si tam angusti 13. ff. de seruit. Vnde in  
definitione actus vsus est IC. disiunctiua particula, VEL, in l. 1.  
ff. de ser. rust. quòd actus sit ius agendi iumentum, vel vehicu-  
lum, eò quòd alterutrum sufficiat.

Secundò opponitur, quòd qui actum habet, iter non habet,  
sunt enim actus & iter diuersæ & separatae seruitutes; & actus  
potest esse sine itinere. l. loci corpus. §. 1. ff. Si ser. vend. Resp.  
Acc. in d. l. 1. Iter accipitur dupliciter: imprimis, vt est seruitus  
per se, deinde vt est commoditas quædam, quæ inest seruituti  
actus. Qui igitur actum habet, iter non prout est seruitus, sed  
vt commoditas est, bene habet. De differentia itineris, actus &  
viæ, vide latius Cuiac. lib. Obs. 22. c. 35. Duare. lib. 1. disp. c. 31.  
Fabrum lib. 1. coniect. c. vlt. Donel. lib. xi. com. c. vi.

ASSERTIO IX.

*Actio finium regundorum xxx. annorum præscri-  
ptione tollitur.*

**E**ST hoc omnibus actionibus mixtis cum personalibus  
commune, vt xxx. annorum præscriptione tollantur. l. 7.  
C. de pet. herd. sicut. C. de præsc. 30. an. d. 1. §. 1. C. de  
ann. ext. vbi expressè statuitur, has tres actiones mixtas, scilicet  
familiae erciscundæ, communi diuidendo, & finium regundo-  
rum, xxx. annorum præscriptione extingui. tex. est rotundus  
in l.



in l. ult. C. Fin. reg. vbi expresse sancitur, quod actio finium regundorum, non spacio longi temporis, sed xxx. tantum annis tollatur, a tempore scilicet turbationis finium.

Sed obijcitur l. 2. §. sed si fundus. & l. 7. §. 1. Pro emp. vbi traditur, quod si quis fundi ampliores fines, quam ad se pertinebant, longo tempore possederit, quod eos legitime vsucepisse censetur. Resp. Ista leges sunt accipiendae, quando quis ampliores partes terrae possedit ex fundo vicini, quam efficiunt fines agri, tunc enim quia non de finibus tantum est quaestio, sed de proprietate partis fundi, longi temporis praescriptio locum habet.

Secundo grauer aduersatur l. quinque pedum. C. Fin. reg. vbi dicitur submotam esse quinque pedum praescriptionem in iudicio de finibus regundis. Ergo nulla etiam longissimi temporis praescriptione hoc iudicium elidi potest. Resp. Haec l. cum Alciato ita est interpretanda, quod spacium quinque pedum inter confines agros aratorios est relinquendum, quo ire agere vterque dominus possit, item aratrum circumduci. Hoc spacium quinque pedum vsucapi lege xxi. tab. prohibetur. Si vero ultra quinque pedes lis mouetur de finibus terrae, tunc locus est iudicio finium regundorum, cui tamen xxx. annorum spacium praescribitur, si tam diu vicinus quiete limites agri sui possederit.

ASSERTIO X.

*Tria iudicia diuisoria recte dicuntur actiones mixtae, tam in rem, quam in personam.*

QVOD haec tria iudicia diuisoria, scilicet actio familiae erciscundae, finium regundorum, & communi diuidendo, mixtae sint, id est, tam in personam, quam in rem, probatur satis euidenter in §. quaedam. Inst. de act. vbi dicuntur, haec tria iudicia mixtam causam obtinere. Sic actio familiae erciscundae proprie dicitur actio in rem, respectu partis hereditatis, quae ad coheredem petentem pertinet, quia coheres vindicat rei suae dominium, scilicet portionem hereditatis ad se pertinen-

pertinentem. In personam vero dicitur, respectu portionis alterius coheredis. Nam in diuisione necesse est alteri coheredi attribui pro diuiso, quod alterius coheredis erat proprium pro indiuiso. l. non possumus. Si pars her. pe. Praeterea quando res communes non possunt commodè diuidi, tunc iudex potest singulis heredibus res singulas hereditarias, vel vni ex consortibus totam rem communem adiudicare, eumque vicissim coheredi in certo precio condemnare. l. si familiae 55. Fam. ercisc. Propter has adiudicationes haec actiones dicuntur in personam. Vnde & traditur iudicium familiae erciscundae constare ex rebus, & personalibus praestationibus. l. item Labeo 22. §. familiae. Fam. ercisc.

Obijcitur primo huic enuntiationi l. 1. fin. reg. vbi dicitur, quod actio finium regundorum sit in personam. Resp. Haec lex magis confirmat nostram sententiam, quia tradit I C. in d. l. 1. quod haec actio in personam est, licet pro rei vindicatione sit. Ex quibus verbis colligitur, quod mixtam causam haec actio obtineat, id est, in rem, & in personam. Nam quatenus quisque fines suos vendicat, eatenus actio finium regundorum est in rem, & causam habet ex dominio. Quatenus vero iudex agri fines commodè dirimere nequit, nisi aliquam portionem ex vicini agro adiudicet vicino, facta vicissim ei in pretio condemnatione, eatenus in personam est actio. l. 2. 3. & 4. Fin. regund.

Secundo contendit Iason probare in d. §. quaedam. Inst. de action. nullas esse mixtas actiones in rem & personam, hoc argumento, quod duae contrariae species in vno indiuiduo non possint concurrere. Atqui actiones personales & reales sunt contrariae; ergo non possunt in eodem subiecto simul consistere. Resp. Zaz. ad d. §. quaedam. optimum quandoque ex contrarijs fieri temperamentum. Nam & quatuor contrariae complexiones resident in corpore humano, & tamen ex his componitur homo. Itaque non est absurdum, quod ex duabus contrarijs qualitatibus tertia species constituitur.

Tertio has tres actiones esse in personam duntaxat, ac non in rem, & proinde nec mixtas, conuincitur hoc argumento, quod actio in rem nunquam datur possidenti, quem quidem constat possi-



possidere, & qui se pro tali haberi velit. l. i. §. pen. ¶ Vti poss. §. æque. Inst. de act. At iudicium familiæ eriscundæ datur etiam possidenti. l. i. in verb. quæ quidem actio. ¶ Fam. ercis. Ergo non est actio in rem, sed in personam tantum. Resp. Hæc argumentatio procedit in actionibus, quæ in solidum & merè sunt reales, non verò in mixtis. At hæ actiones dicuntur in rem, quatenus quisque rem suam petit, quatenus verò ex diuisione adiudicatur vni coheredi pars alterius, eatenus sunt actiones personales. Præterea in quantum agitur ad personales præstationes, vtpura cum contra vnum coheredem vel socium, qui communem hereditatem, vel alia bona communia solus possedit, agitur ad fructus, aliaque commoda ex hereditate percepta communicanda: item ad damna in communibus bonis illata, refarcienda: eatenus sunt actiones personales. Atqui actiones in personam, etiam dominis competunt.

ASSERTIO XXI

*Familiæ eriscundæ actio semel tantum intentari potest, & si quid indiuisum remanserit, communi diuidendo agetur.*

**H**ÆC diuisio iisdem ferè verbis traditur in l. filia. 20. §. familia. ¶ Fam. ercis. Ratio est, quia hoc est vniuersale iudicium, quo vniuersum ius hereditarium in iudicium deducitur, ideoque semel intentatum non repetitur, sed de rebus cæteris, quæ indiuisæ relictæ sunt, agetur communi diuidendo. Sed huic sententiæ aduersari videtur l. fundus 30. ¶ Fam. erc. vbi talis facti species proponitur: Ego & tu coheredes sumus, in hereditate fundus est, in quo est sepulchrum vtrique commune: volo diuidere fundum, vt certam partem nactus iusta faciam. Queritur an agere possim actione familiæ eriscundæ, de eo fundo diuidendo, in quo est commune sepulchrum: & dicitur posse me experiri. Ergo & videtur de vna re hereditaria posse agi actione familiæ eriscundæ. Resp. Ita demum arbiter in hoc iudicio datus, diuidet fundum, si & cætera corpora hereditaria communione eximat. Itaque cum cæteris rebus hereditarijs

venie

veniet hic fundus in diuisionem, non solus, quia de vna re hereditaria hoc iudicio non agitur, sed eximendæ sunt simul & cæteræ. communione. Hoc modo non obstabit d. l. fundus, si legatur in ea l. exemtis, id est, diuisis, vt habent Pandectæ Florentinæ, non exceptis.

Posteriori parti thesis, qua dicitur, si in actione familiæ eriscundæ relictum quid sit indiuisum, agi posse communi diuidendo, aduersatur l. in hoc iudicio 27. ¶ Fam. ercis. vbi dicitur, quòd iudex in omnium coheredum persona debet facere condemnationes & absolutiones, & si in alicuius persona quid fuerit omissum, tota sententia est irrita. Ergo nõ valet sententia iudicis in actione familiæ eriscundæ, si aliquid relinquatur indiuisum. Resp. Illa lex accipienda est de præstationibus personalibus. Iudicium hoc constat partim ex rebus, partim ex personalibus præstationibus. l. item 22. §. familiæ. ¶ fam. ercis. De præstationibus personalibus iudex non rectè pronuntiat, nisi de omnibus, quæ specialiter in iudicium sunt deductæ, pronuntiet: vt si vnus ex coheredibus fecit impensas in rem communem, damnabitur coheres, si probetur eas factas esse, sin minus, absoluetur: si verò fructus aliquos ex hereditate percepit, ad eorù restitutionem pro parte hereditaria eum coheredi cõdemnabit, ne quicquam horum omittet. Sed de rebus, id est, hereditatis diuisione rectè pronuntiat iudex, etiam si aliquid indiuisum relinquat, quia res in iudicium deducuntur generaliter, non specialiter, & ideo facile est aliquid omittere. Hæc solutio probatur, quòd IC. in d. l. 27. vtitur verbis condemnandi & absoluendi: nam præstationum personalium nomine iudex debet heredem condemnare: si verò probatum sit impensas esse factas, vel fructus perceptos, vel absoluere, si nihil probetur. Atqui rerum nomine fiunt adiudicationes & condemnationes, absolutiones verò non fiunt vnquam, sed cuique sua pars adiudicatur. Pulchrè Cuiac. lib. Obs. 23. c. 1.

ASSERTIO



## ASSERTIO XII.

*Diuisio hereditatis non retractatur, nisi læsio dimidiam iustæ portionis egrediatur.*

**S**I læsio ultra dimidiam iustæ portionis partem in diuisione hereditatis interueniat, diuisio retractatur. Hæc est communis DD. opinio teste Scurf. cent. 1. cons. 28. Wel. in Parat. ꝛ Fam. ercif. Pinel ad l. 2. par. 2. n. 1. C. de resc. vend. Comprobatur hæc sententia per l. Lucius 39. ꝛ Fam. erc. l. 1. C. Com. vtr. iud. vbi dicitur, quod diuisio speciem emtionis obtineat: vnde sicut emtio rescinditur, si læsio dimidium iusti precij excedat, ita & diuisio. Nam quamuis remedium l. 2. C. de resc. vend. contra rem iudicatam non obtineat, Iaf. in l. si quis cum aliter. ꝛ de V. O. tamen quia non tam pronuntiat super diuisione, quam ex sententia diuisio auctoritate mandatoque iudicis suscipitur, ideo æquius videtur, hoc auxilium enormiter læsis non denegari d. l. Lucius. Sin autem coheres infra dimidium suæ portionis in diuisione est deceptus, non retractatur diuisio.

Obijcitur l. si soror 8. C. de collat. vbi dicitur, si soror cum fratre diuisit hereditatem paternam, nec dotem contulit, iudex dotem conferri præcipiet, & restitui iubebit, quod amplius apud sororem sua portione esse deprehendet. Resp. Frater petendo collationem dotis, non venit contra diuisionem, sed tantum petit sororem ad collationem dotis in diuisione omisam constringi, quam ex lege tenebatur communicare.

Secundò grauiter obstat l. maioribus. C. Com. vtr. iud. vbi admittitur rescissio diuisionis inæqualiter factæ, quomodounque aliquis in diuisione læsus sit. Vnde videtur diuisio rescindenda, licet alter coheredum minus læsus sit, quam in dimidia suæ portionis parte. Resp. Quòd maioribus dicitur subueniri in diuisione per fraudem vel dolum, vel perperam facta, hoc intelligendum est, dummodò læsio dimidiam iustæ portionis excedat. Quòd ratio generalis subiecta liquidò demonstrat, dum dicitur: Quod enim in bonæ fidei iudicijs inæqualiter factum est, in

est, in melius reformabitur. Atqui nullum aliud in bonæ fidei iudicijs remedium extat, quo in contractibus læsio in quantitate precij rescinditur, quam remedium l. 2. C. de resc. vend.

Denique aduersatur l. 3. C. Ex qu. ca. maio. vbi dicitur, in contractibus bonæ fidei maioribus læsis officio iudicis subueniri. Vnde colligitur, quòd cum restitutio in integrum detur ob modicam summam, eaque competat iudicis officio, l. scio. ꝛ de rest. in int. l. quòd si minor 18. §. si. ꝛ de minor. quòd diuisio rescindatur etiam ob minorè læsionem, quam in dimidia portione. Resp. Officium iudicis ibi non intelligitur de extraordinario auxilio restitutionis in integrum, sed officium iudicis ibi appellatur, quod coheret iudicijs diuisionis, quod mercenarium DD. vocant. Gl. in d. l. 3. Non ergo propter aliam læsionem diuisio retractatur inter maiores, quam quæ fit supra dimidiam suæ portionis. Quæ verior & receptior est DD. opinio, licet ab ea discedat Molin. in consu. Paris. rubr. 1. §. 154.

## ASSERTIO XIII.

*Nunquam actio negotiorum gestorum, & familiæ erciscunda ex eadem causa concurrunt.*

**S**I quis pro parte coheredis quid gessit in hereditate vel re communi, quæritur, qua actione id repetat? Et statuum est, nunquam ex eadem causa posse cõcurrere actionem negotiorum gestorum cum actione familiæ erciscundæ, vel communi diuidendo: ideoque vt constet, vtra harum actionum competat, hæc duæ certissimæ iuris regulæ notandæ sunt. Prima est, Vbi quis quid gessit pro parte coheredum, quod potuisset pro sua parte tantum gerere, competit actio negotiorum gestorum, non familiæ erciscundæ, vel communi diuidendo. l. in familiæ 20. C. Fam. ercif. Secunda. Vbi quis communiter quid gessit etiam pro parte coheredum, quod nec aliter potuisset gerere, quia propter partem suam necesse habuit rem totam gerere, non datur negotiorum gestorum, sed familiæ erciscundæ, vel communi diuidendo actio, l. his consequenter 18. §. ult. ꝛ Fam.



¶ Fam. ercif. l. fistulas. §. pen. ¶ de con. emp. l. si cōmunes 40.  
 ¶ de neg. gest. l. 6. §. hoc autem, & §. si duorum. ¶ Com. diu.  
 Objicitur l. Mæuius 52. §. 1. ¶ Fam. ercif. ubi seruus liber & he-  
 res esse iussus, tenetur coheredibus suis iudicio familiae erci-  
 scundæ, nomine earum pecuniarum, quæ apud eum reliquæ  
 sunt ex administratione rationum domini. Distingue. Aut ser-  
 uus exegit pecunias domini post eius mortem, & tunc tenebi-  
 tur heredibus eas communicare actione negotiorum gestorū,  
 quia necesse non habuit heres ex parte scriptus, eas in solidum  
 exigere, l. eius qui. 41. ¶ de re. cred. Aut ante mortem domini  
 exegit eas à debitoribus domini, & tunc sicut erant domini dum  
 viueret, ita & illo mortuo hereditatis fient, ideoque familiae erci-  
 scundæ iudicium coheredibus dabitur. d. l. Mæuius. §. 1.

Secundò aduersatur l. 3. C. de neg. gest. in qua concurrit in  
 eadem causa actio negotiorum gestorū & familiae erciscundæ.  
 Resp. Diuerso respectu hæ actiones concurrunt. Nam coheres  
 quòd pignus liberauerat, cuius causa est indiuidua, l. 25. §. idem  
 obseruatur. ¶ Fam. ercif. habet contra coheredes actionem fa-  
 miliae erciscundæ, quia pro parte sua pignus liberare non potuit.  
 Quod verò etiam ære alieno liberauit coheredes suos, cuius  
 causa est diuidua, eatenus habet actionem negotiorū gestorū,  
 quia pro parte sua à debito se liberare potuit.

ASSERTIO XIV.

*Heredes etiam si xxx annos in communionione steterunt,  
 nihilominus possunt ad diuisionem prouocare.*

**N**OBILIS est quæstio, an si heredes xxx. annis in com-  
 munionione steterint, post tantum tempus possint à com-  
 munionione recedere. Gl. cum suis, in l. 1. §. adhæc. C. de  
 anna. excep. putat actioni de diuidenda hereditate præscribi  
 xxx. annis, ita quòd heredes, qui tandin in communionione stete-  
 runt, cogantur in ea permanere. Contra Martinus & Placenti-  
 nus existimant post xxx. annos posse etiam liberè à commu-  
 nione recedi, & institui familiae erciscundæ iudicium, vt diuida-  
 tur he-

tur hereditas. Martini opinio communiter à DD. approbatur,  
 sicut plerunque eius opiniones in grauissimarum rerum contro-  
 uersijs verissimas esse testatur Olden. cl. 5. act. 8. Defenditur  
 hæ conclusio tribus præcipuè argumentis. Primò, quia nasci-  
 tur familiae erciscundæ actio demum ex voluntate coheredum  
 diuidere volentium. l. 1. ¶ Fam. ercif. in verb. proponitur hæc  
 actio à communionione discedere volentibus. Vnde non prius  
 curret præscriptio contra hanc actionem, quam nata sit, hoc est,  
 priusquam ab vno coheredum renuntiata fuerit communi-  
 o. Secundò, quia contra possidentem non currit præscriptio. l.  
 malè agitur. C. de præsc. 30. an. igitur cum vterque coheres  
 possideat, durante communionione, non potest procedere præ-  
 scriptio. Tertiò, quia per pactum non potest tolli actio, quæ pro  
 diuisione datur, pacto non potest effici, vt consortes perpetuò  
 in communionione perseuerent. l. in hoc iudicio. §. si conueniat.  
 ¶ Com. diu. ergo nec præscriptione hoc inducetur. arg. l. nam  
 fati. §. sed si is. ¶ Quem. seru. amit. maximè cum neuter cohe-  
 redum præscribere intendat, sed tanquam re communi vten-  
 dum putauit. Ferra. in libel. pro here. diuid.

Non obstat l. 1. §. adhæc. C. de anna. excep. quæ ait xxx.  
 annis actioni familiae erciscundæ præscribi: quia additur in te-  
 xtu, ex quo hæc actio nata est, & competere incepit: nascitur au-  
 tem hæc actio tum demum, cum coheredes incipiunt ad diui-  
 sionem hereditatis prouocare. Vnde quàm diu liberè & volen-  
 tes in communionione persistunt, tandiu non potuit nasci hæc  
 actio. Pulchrè Zaz. ad §. quædam. Inst. de action. Vel responde,  
 quòd lex quæ verat post xxx. annos iudicium familiae erciscun-  
 dæ intendere, habet locum, quando vterque coheres non pos-  
 sedit. Costal. ad d. l. 1.

ASSERTIO



## ASSERTIO XV.

*Si conuenit, vt pecuniam quam mihi debes ex causa mandati, retineas mutui nomine, mutuum contrahitur.*

**S**i conuenit, vt procurator, qui pecuniam mihi debebat ex causa mandati, in causam mutui eam retineat, conuertitur hæc conuentio in mutuum, ita vt ex mutuo rectè agi possit. l. singularia 15. §. de re. cred. Et hoc singulariter receptum est, propter usum pecuniæ creditæ, quo vita hominum carere non potest. Iure communi non contrahitur mutuum, nisi de meo fiat tuum. Iure singulari contrahitur mutuum, si nummos à te mihi debitos ex causa mandati, conueniat vt retineas & vsurpes tanquam mutuos, licet pecunia nondum fuerit mea antequam eam tibi credidi. Hic iure singulari fingitur pecunia ex mandato mihi debita, prius à te mihi numerata, & deinde à me tibi credita. Ita in d. l. singularia, argumentatur Vlpianus.

Verùm grauitè ab Vlpiano dissentit Africanus in l. qui negotia. §. Manda. vbi Africanus vult ex nuda conuentione non fieri pecuniam creditam: itaque non dicitur mutuum, si pecuniã quam mihi debes ex causa mandati, tibi creditam volo. Respondet Cuiac. lib. Obs. s. c. s. & in tractatu ad Afric. in d. l. qui negotia quod Africanus potius mero & subtili iure nitatur, quod re, id est, traditione propriæ pecuniæ, non nudo pacto mutuum contrahitur: sed Vlpiani sententia verior est, quæ æquitate & benignitate nititur: eaque ex l. 6. C. Si cer. pet. confirmatur. Nam ibi debitum ex causa venditionis non conuertitur in mutuum ex nudo pacto, idè quod contrahentes simularunt mutuum. Si itaque simulatio absit, erit mutuum ex pacto. Atque ita sumpto argumento à contrario sensu Vlpiani sententia hodie præuallet: nec enim subtilitates sunt probandæ à iudicibus. l. si cut. §. si debitori. §. Qu. mo. pig. sol. Vel aliter responderi potest, quod Africanus negat, quod ex nuda & sola pactione mutuum contrahatur, sed requiratur præterea rei interuentus. Itaque ex nudo pacto effici non potest, vt ex mandato debitum sit mutuum.

mutuum. Contra Vlpianus vult rectè pacisci posse, vt ex mandato debitum retineatur in mutuum, vt scilicet fiat mutuum non ex solo pacto, sed postquam pecunia ex mandato debita fuerit mutui causa contractata, mota seu retenta. Fuit ergo in d. l. singularia, pecunia præsens & parata solutioni. Quod inde apparet, quia I. C. vtitur his verbis, Si conuenerit, vt pecuniam ex mandati causa mihi debitam, crediti nomine retineas. Is retinere quid dicitur, qui iam habet, quod vult retinere. Contra in d. l. qui negotia, res fuit acta inter absentes & per epistolam, vnde nec pecunia videtur præsens fuisse, vel parata solutioni. Itaque pecunia in hac specie nuda pactione credita fieri non potest. Ita ex communi DD. sententia decidit Donel. ad d. l. singularia. num. 25. 26. 27. & 31.

## ASSERTIO XVI.

*Licet pecunia deposita sit gratia accipientis, conuertenda in mutuum, tamen periculum casus fortuiti non præstatur.*

**S**i pecunia gratia accipientis sit deposita, sub hac conditione, vt si domum, vel prædia emisset, esset illi mutua, periculo est depositarij. Ita traditur in l. 4. §. de reb. cred. Sed quia periculi nomen diuersimodè in legibus accipitur, & modò damnum culpa datum significat. l. 5. §. commodatum. & §. seq. §. Commo. modò damnum quod casu fortuito contingit, l. si gratuitam. §. 1. & 2. §. de præi. ver. l. 1. C. Commo. dubitant interpretes, de quo periculo teneatur depositarius hoc casu. Ioan. antiquus glossator, & eum secuti Decius, Molinæus & Donel. in d. l. 4. existimant eum de casu fortuito teneri, ex hac ratione, quod hoc depositum naturam mutui sapiat, in quo præstatur casus fortuitus a debitore. l. incendium. C. Si cer. pet. Pro hac sententia adfertur etiam l. rogasti 11. §. de re. cred. vbi deciditur periculum esse depositarij, si quis lancem vel massam apud eum deposuit, vt eam venderet, & nummis vteretur, si ea sine culpa eius perierit.

Alij affirmant hunc debitorem de leuissima tantum culpa teneri, non de casu fortuito. Quam sententiam sequuntur Azo,



Bart. Castren. Zaz. & Vigl. ad d.l. 4. quibus suffragatur Fachin. lib. 2. contr. iu. c. 70. Quæ sententia mihi sanior & probabilior videtur. Et primò hac ratione probatur, quòd dominium rei depositæ ad deponentem pertinet, antequam depositarius ea utatur, periculum autem casus fortuiti ad dominum spectat, l. pignus. C. de pig. act. Secundò confirmatur ex l. 1. §. sàpè ñ depo. vbi dicitur, quòd depositarius qui deposito se obtulit, periculo se obligauit, & tamen de culpa leuissima tantum tenetur, non verò de casu fortuito.

Hac sententia pro certo posita, ad argumenta contraria facile responderi potest: & primò, quòd dicitur periculum aliquando significare casum fortuitum, hoc non obtinet in deposito, in quo periculi appellatione venit tantum culpa leuissima, d. §. sàpè. Secundò non obstat, quòd dicitur depositum hoc in casu gratia mutui factum, & ideò sapere naturam mutui: nam antequam depositarius ea pecunia utatur, manet depositum, & non potest dici mutuum, l. 1. §. si pecunia. ñ depo. Ideoque quoniam ipsius depositarij gratia fit depositum, tenetur de culpa leuissima, non autem de casu fortuito, sicut in alijs etiam contractibus, qui accipientis tantum causa fiunt, leuissima tantum culpa venit, l. 5. §. commodatum. ñ Commo. Denique ad d.l. rogasti, respondent DD. quòd ibi dicitur rem sine culpa perijisse, accipiendum est de culpa lata vel leui, non autem leuissima. Præterea potest dici IC. ibi non loqui de deposito, sed de re data vendenda, vt pretio ex re vendita redacto venditor vtatur. Nam in deposito nunquam periculo casus fortuiti obligatur depositarius, d. l. 1. §. sàpè.

## ASSERTIO XVII.

*Debitum particulariter solui non potest, ex communi DD. sententia.*

**M**VLTIS legibus traditur debitum pro parte solui posse, l. si stipulatus 9. §. qui decem. ñ de solu. §. item per acceptilationem. Inst. Qu. mo. tol. obl. Quòd tamen accedente creditorum consensu intelligendum esse, rectè Accursus.

curf. & communis interpretum Schola docet, cum inuitus creditor, vt partem debiti accipiat, cogi non possit. Hinc si pars debite pecuniæ offeratur & obfignetur, ne pro parte quidem liberatio contingit. l. tutor 41. §. Lucius. ñ de vsur. Vnde Impp. Valentinianus & Valens emphyteuticariorum & patrimonialium fundorum possessoribus singulariter indulserunt, vt particulatim canonem soluere possent. l. placuit C. de coll. fund. patr. lib. xi. Quòd ad priuatos extendi non debet, idque æquitatis ratione, cum partium exactio & solutio magna adferat incommoda. l. planè. ñ Fam. etc. Costal. ad l. quidam. ñ. Si cer. pet.

Secundò hanc sententiam confirmat, quòd Paulus scribit, favore libertatis cogendum esse heredem, vt decem per partes accipiat, que seruus heredi dare à testatore iussus est. l. cum heres. §. item si decem. ñ de statulib. Quorsum enim hoc favore libertatis receptum esse Paulus scriberet, si generaliter partis solutio inuito creditore fieri posset? Vnus tamen casus notandus est, quo debitum pro parte solui potest inuito creditore: quando nimirum debitor partem pecuniæ in iudicio petite se debere profiteretur, partem verò negat: tunc enim Prætor petiorem cogere potest, vt partem confessatam accipiat, & partem negatam iudicio persequatur, idque litium diminuendarum gratia, d. l. quidam. l. 8. ñ. Si pars her. pet.

Ab hac communi verissima & æquissima sententia primus omnium post Decium recessit Alciatus in d. l. quidam, & solutionem debiti diuisionem recipientis, inuito creditore particulatim fieri posse docuit. Idque auctoritate tex. l. 2. in princ. ñ de V. O. vbi dicitur, stipulationem certæ speciei vel quantitatis recipere partium præstationem. Sed respondendum est, hoc ita accipiendum esse, quòd hæ res in stipulationem deductæ pro parte solui & præstari possint, si accedat creditoris consensus: vt ex communi DD. opinione locus ille à DD. rectè explicatur.

Obijcitur secundò quòd creditor potest debiti partem petere etiam ab inuito debitore. l. in commodato. 17. §. duabus. ñ Commo. Ergo etiam in debitore admittetur particularis solutio, cum correlatiuorum eadem sit natura, maximè quòd pro debitore faciat fauor liberationis. Resp. Argumentum à correlatiuis



latius non procedit, quando diuersa est correlatiuorum ratio. Atqui hoc axioma, quod creditori inuito non possit per partes solui, introductum est in fauorem creditoris. l. 3.  $\bar{n}$  Fam. ercif. Ius autem non patitur, vt quod in fauorem alicuius comparatum est, in odium eius retorqueatur. l. nulla.  $\bar{n}$  de legib.

Tertium argumentum. Permissum est singulis heredibus debitoris, partem debiti hereditarij, in quam successerunt, soluere. l. 2. C. de her. act. l. 1. C. Si cer. pe. Ergo & ipsi debitori partem debiti inuito creditore prestare licebit: non enim ex persona heredum obligationis conditio immutari debet. l. 2.  $\S$ . ex his.  $\bar{n}$  de V. O. Resp. Ideo heredibus debitoris pro parte hereditaria debitum prestare permittitur, quia ipso iure & lege 12. tab.  $\bar{a}$ s alienum defuncti pro portione hereditaria inter singulos heredes diuiditur. l. pacto. C. de pact. Idque ideo receptum est, quia heres vltra suam portionem non est heres, ideoque nec vltra eam portionem vt heres tenetur.

## ASSERTIO XVIII.

*In solutione monetæ inspiciendum est tempus contractus mutui, quanta tunc aestimatio pecuniæ fuerit, nisi debitor in mora sit.*

**Q**VANDO quaritur, cuius temporis aestimatio haberi debeat in solutione pecuniæ mutuatae, dicendum est, quod inspiciendus est valor, qui erat tempore contractus, non autem solutionis. c. olim causam. ex. de censib. Duo tamen casus principales sunt distinguendi. Aut debitor fuit in mora soluendi, aut non. Primo casu augmentum nummorum spectat ad creditorem. Ratio est, quia si datum esset, hoc haberet creditor: quoniam verò non dedit debitor, saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit. l. si sterilis.  $\S$ . cum per venditorem.  $\bar{n}$  de act. emp. Idem dicendum de diminutione, vt si tempore contractus plaris pecunia aestimabatur, & post moram diminuta sit aestimatio, teneatur debitor valorem tempore contractus vsitatum reddere. l. 3.  $\bar{n}$  Si cer. pet. l. 3.  $\S$ . vl.  $\bar{n}$  de act

$\bar{n}$  de act. emp. Ita de facto obseruari, & in curia Parisiensi iudicatum esse refert Costal. ad l. res in dotem 42.  $\bar{n}$  de iu. dot. Pulchrè Guido Papæ quæst. 494. vbi notat hanc sententiam iudicando obseruari. Altero casu, quando in mora non fuit debitor, liberatur soluendo tantæ summæ aestimationem, quantum accepit, & nummorum incrementum pertinet ad debitorem. Ratio est, quia in mutuo datur facultas debitori pecunia ad aliquod tempus vtendi: solemus enim per mutuum subuenire necessitatibus & commodis proximi egeni: ideoque mutuo accipiens debet commodum aliquod percipere ex officio mutuationis: neque statim repetenda est pecunia mutuata: Vnde debitor interim non censetur in mora soluendi: creditor enim omnem medij temporis vtilitatem ei concedit. Quare si interim valor pecuniæ augeatur, non spectabit hoc ad damnum debitoris, sed liberatur, si in eadem bonitate nummos reddat, qua tempore contractus valebant. l. 3.  $\bar{n}$  Si cer. pet. vbi dicitur debitorem liberari, si eadem bonitate mutuum soluat, qua accepit. fa. l. Rutilia Polla.  $\bar{n}$  de cont. emp. vbi dicitur, in contractibus eam aestimationem inspiciendam esse, quæ fuit tempore contractus. Ita tradunt Hotom. in tract. de Vsur. lib. 1. c. 5. Brisso. lib. 1. de solut. Econtrà si valor pecuniæ decreuit, supplere debet debitor, vsque ad valorem qui erat tempore contractus. Ratio huius decisionis æquissima est, quia qui mutuatur pecuniam, ideo eam accipit, vt statim expendat, & in vsus suos conuertat: igitur eo valore reddi debet pecunia, quo ad manus debitoris verè peruenit, & in vtilitatem suam expensa est. Nec attenditur, quod imposititiuus valor monetæ creuit, vel decreuit, cum mutuum re contrahatur, nec alia maior vel minor quantitas reddenda sit, quam verè mutuata est. Accuratè Molin. in tract. v. sur. quæst. 92. num. 701. 710. & 711. vbi dicit, hanc opinionem verissimam esse, & in legali æqualitate fundatam. Wesem. ad tit. Si cer. pet. Minf. cent. 4. Obs. 1.

Obijcitur prædictis l. cum certum 9.  $\bar{n}$  de au. & arg. leg. vbi dicitur, quod si legatum sit certum pondus auri vel argenti, soluendum esse pretium seu aestimationem, secundum valorem presentis temporis, hoc est, vt Gl. & DD. ibi interpretantur  
secun-



secundum tempus solutionis. Resp. Cum quaeritur, cuius temporis aestimatio in soluendo legato pecuniae attendi debeat, tempus praesens, hoc est, testamenti inspiciendum est; & secundum illud aestimatio pecuniae legatae soluenda est. Regula enim vulgaris in l. si ita 7. ff. eo. & l. uxorem 41. §. testamento. de legat. 3. tradita extat, quod in legatis verba in dubio referri debeant ad tempus testamenti. Ita eruditè d. l. cum certum, declarat Pinel. in rub. C. de resc. vend. par. 1. c. 3. num. 22.

## ASSERTIO XIX.

*In aestimatione rei petita, in strictis iudicijs tempus litis contestatae spectandum est; in bonae fidei iudicijs tempus rei iudicatae.*

**F**VNDATUR & stabilitur haec assertio in l. vinum. ff. Si cer. pet. l. 3. §. in hac. ff. Commo. l. ult. ff. de cond. trit. In stricti iuris iudicijs nullum tempus aptius visum est, quam id quo lis contestatur. Itaque in his praestabitur ea aestimatio, quae fuit à tempore morae, usque ad litis contestationem. d. §. in hac. & d. l. ult. Ex eo enim pendet iudicis potestas, ita ut fructus & usurae debeantur in his iudicijs à lite contestata. l. cum fundus 31. ff. Si cer. pet. l. videamus. ff. de usur. In bonae fidei iudicijs consideratur tempus condemnationis, quanti scilicet res plurimi fuit à mora usque ad sententiam. l. 3. §. si per venditorem. l. si sterilis. §. cum per venditorem. ff. de act. emp. Ratio diuersitatis est, quia in bonae fidei contractibus petitur, quod iudex arbitrabitur ex bono & aequo dari oportere: atque ita litis aestimatio refertur ad tempus rei iudicatae. §. in bonae fidei. Inst. de act. At in strictis iudicijs tempus litis contestatae inspicitur, quia in his iudex est arbitrij sui impos, & strictè petitioni actoris deseruire tenetur. Itaque in strictis actionibus ratio aestimationis à tempore morae habebitur usque ad litem contestatam.

Multa huic conclusioni aduersantur: nam in l. penul. ff. de cond. trit. traditur in stricti iuris iudicijs tempus morae vel condemnationis spectandum. Praeterea grauissimè obstat l. 8. §. ff. de

ff. de cond. furt. vbi dicitur aperte, non solum furem, sed omnem eum qui moram fecit, teneri in id quanti plurimi fuerit res à tempore morae, usque ad sententiam, & tamen condictio furtiua est stricti iuris. Resp. Illae leges nihil huc pertinent: nam in ijs non agitur de quantitibus vel rebus fungibilibus debitis, puta vino, oleo vel frumento, de quibus haec assertio est accipienda; quarum rerum aestimatio pro locorum & temporum varietate mutatur: sed de certa specie debita, ut puta de homine mortuo, vel vulnerato ibi quaeritur: Qua specie extincta vel deteriori reddita propter moram debitoris, eius temporis aestimatio spectatur, quanti vnquam res plurimi fuit à tempore morae usque ad sententiam. d. l. pen. Hotom. illust. quaest. 16. Donel. ad l. quoties 59. num. 11. ff. de V. O.

Secundò obijcitur l. 3. §. ult. ff. de act. emp. vbi dicitur, quòd aestimatio ea praestanda est, quanti contractus tempore res valebat, si vinum venditum non tradatur à venditore. Resp. Ibi tempore contractus statim intelligitur mora esse commissa. Eò enim quòd emtor paratus est à sua parte implere contractum, & precium soluere, statim venditor in mora constituitur, si rem venditam non tradat. l. Iulianus. §. ex vendito. ff. de act. emp.

Tertiò opponitur l. cum quis. ff. de obl. & act. vbi dicitur, si quis stipulatus sit mercem in certum diem, & accepit fideiussorem, quòd aestimatio reducenda sit ad tempus, quo satis accepit. Resp. Haec l. ita accipienda est, quòd fideiussor teneatur ad eius temporis aestimationem praestandam, quo merx solui debuit. Sicut enim eo loco censetur quis contraxisse, in què solutio collata est. l. 2. ff. de reb. auct. iud. poss. l. contraxisse. ff. de obl. & act. Sic etiam simpliciter fideiubens, in id tempus censetur solutionem contulisse, quo principalis debitor soluere tenebatur. Itaque fideiussor praestabit eam aestimationem mercis, quanti eo tempore valuit, quo debitor promiserat se soluturum; non verò quo tempore fideiussit: quia fideiussor non potest in duriorrem causam obligari, quam principalis. l. Graecè. §. illud. ff. de fideiuss.



## ASSERTIO XX.

*Pro vino vel frumento mutuato reddi non potest aestimatio  
vel pecunia inuito creditore.*

**P**ROBANT & sequuntur hanc sententiam DD. in l. 2. §. 1. *¶* Si cer. per. vbi Alciatus & Zazius testantur eam esse communem. Ratio perspicua est, quia in mutuo debet idem genus quod datum est, reddi. d. l. 2. sed frumentum & pecunia sunt diuersi generis, cum aliud sit merx, aliud pretium. l. 1. *¶* de con. emp. l. 1. *¶* de re. permu. Ergo in mutuo non poterit vnum pro alio reddi.

Contraria fuit opinio Iacobi de Arena & Curtij in d. l. 2. §. 1. Mouentur primò ex l. vinum *¶* Si cer. per. vbi expressè dicitur quòd pro vino mutuo dato soluitur aestimatio. Sed respòdetur, quòd ideò ibi præstatur aestimatio, quia debitor fuit in mora: quo factum est, vt vinum iam non sit eiusdem bonitatis, cuius erat tempore contractus, ideòque necessariò deuenitur ad aestimationem. Et si velit creditor, potest obdurare, vt res ipsa mutuo data sibi soluat in eodem genere. l. vbi autem. §. fin. *¶* de V. O. Wesem, ad tit. de re. credit. num. 12.

Secundò obijcitur l. si quis stipulatus 57. *¶* de solu. vbi dicitur, si stipulatus fuero à te decem in melle, liberum esse promissori vel decem vel mel soluere. Ergo idem in mutuo dicendum, si mutuo frumentum alicui, posse etiam aestimationem solui. Resp. Quòd mel ibi non erat in obligatione, sed in solutione tantum, vt ibi Bart. notat, quia stipulatus fueram decem aureos, vel pro pecunia mel, vt tu possis ista decem in melle dare: at in mutuo frumentum est in obligatione & solutione. d. l. 2. in prin. Ideò debitor præcisè cogi potest ad frumentum reddendum.

Tertiò refragatur l. si ita 42. *¶* de fideiuf. arguendo à contrario sensu rationis ibi redditæ. Nam cum ibi statuatur non posse pro debitore pecuniæ accipi fideiussorem in tritico: addita ratione, quia pecunia non aestimatur merce, colligitur à contrario sensu.

sensu, pro debitore frumenti, fideiussorem in pecunia acceptum efficaciter obligari, quia per pecuniam omnia aestimantur. Resp. Mutuato frumento accipi potest fideiussor in pecunia numerata, eo casu, quo principalis debitor ad pecuniam quoque tenetur, id est, cum est in mora. iuxt. d. l. vinum. Vel responderi potest, quòd ille tex. probat hanc opinionem à contrario sensu, qui sumi non debet, quando legum correctio inde sequitur. Præses Euerar. in loco à contrario sensu: quod est in casu nostro, cum ex eo corrigatur d. l. 2. in princ.

Quartò, pro contraria sententia adfertur, Quoties duo æquipollent, non refert, quid ex eis fiat. l. mulier. in prin. *¶* ad SC. Treb. l. si mater. C. de inst. & subst. Præses Euerar. in loco ab æquipoll. Sed frumentum & eius aestimatio æquipollentia sunt: quia aestimatio vice rei fungitur. Ergo non refert, vtrum frumentum, an aestimatio soluat. Resp. Tunc aestimatio vice rei fungitur, vbi res solui non potest. fa. l. si non sortem. §. liberus. *¶* de cond. ind. sed nos loquimur, quando solui potest frumentum, tunc non videtur esse locus solutioni aestimationis. Secundò responderi potest, quòd procedit hæc argumentatio in alijs contractibus, non in mutuo, in quo debet idem genus reddi, non diuersum. Itaque opinio Iacobi nulla nititur ratione vel lege, cui responderi non possit. Eruditè & copiosè Tobii Nonius ad tit. Inst. Qu. mo. re cont. obl. num. 28.

## ASSERTIO XXI.

*Cum alia contractus opinione, quam dati sunt, quis nummos accepit, ut puta si ego tibi pecuniam quasi donaturus dederim, tu quasi mutuum accipias, neque mutuum, neque donatio erit.*

**P**ROBATVR hæc sententia apertè in l. si ego 19. *¶* de reb. cred.

Obijcitur l. cum in corpus. *¶* de adq. rer. dom. vbi dicitur, si in causa dandi atque accipiendi dissenserint contractentes, modò in corpus quod traditur, consentiant, non impediti



diri translationem dominij, vtputa si ego pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias. Resp. In l. cum in corpus, præcesserat contractus donationis, seu præcessisse credebatur, & ille qui numerauerat pecuniam donandi gratia, ante promiserat se donaturum, vel saltem se promississe putabat. Ideoque cum numeret postea tanquam ex præcedenti obligatione, dominium transfertur, & favore liberationis toleratur ibi dissensus. Sed in d.l. si ego, nulla præcesserat donandi promissio, sed in ipsa numeratione pecuniæ interuenit dissensus, nullo præcedente contractu. Quod patet ex d.l. si ego. dum IC. vtitur verbo donaturus, quod denotat futuram donationem. Probatur etiam solutio, quod in d.l. cum in corpus, præcedens exemplum agat de eo, qui fundum tradidit tanquam obligatus ex præcedenti debito, scilicet ex testamento: alter autem accipiat vt debitum ex antecedenti stipulatione. Ergo & sequens exemplum videtur ita accipiendum. Adde, quod vtitur IC. in l. cum in corpus, his verbis, si pecuniam tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, id est, tibi debitam ex aliqua præcedenti obligatione. Itaque si contractus donationis præcessisse credebatur, dominium transit. d.l. cum in corpus. Si non putet donator præcessisse, non transit dominium, nisi pecunia consumatur. d.l. si ego. Attamen indebiti condictio competit vtroque casu, si soluendi animo traditum sit errore facti. l. 1. §. de cond. indeb. potuit enim donator credere obligationem donationis præcessisse quæ reuera non suberat, & ita soluere indebitè. Quod si scienter dedit animo donandi, cum nulla præcessisset donandi sponsio, consumptis nummis condictionem non habet, at extantes adhuc vendicari possunt. d.l. si ego. vbi Baro in manual. Gilb. Regius lib. 2. in vlt. c. 20.

ASSERTIO

ASSERTIO XXII.

*Debitor post biennium exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere potest, dummodo exceptionem probet.*

**Q**VI scripsit se debere, quod numeratum non est, tenetur quidem ex literarum obligatione, sed intra biennium exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere potest; quæ exceptio rejicit onus probandi in creditorem, vt scilicet is probet pecuniam reuera numeratam fuisse. l. 3. C. de non num. pec.

Sed ille articulus controuersi iuris est, an elapso biennio exceptio non numeratæ pecuniæ opponi possit. Et communis est DD. sententia, posse etiam post biennium hanc exceptionem proponi, modo reus probet suam exceptionem, videlicet pecuniam sibi non fuisse numeratam. Quod probatur ea ratione, quia exceptiones natura sua sunt perpetuæ, ad eò vt ne quidem xxx. annis præscribantur. l. purè. §. vlt. de exc. doli. Accedit & altera ratio, quod iniquum sit aliquem locupletari cum alterius iactura, quod fieret hoc casti, si debitor, qui post biennium paratus est probare pecuniam sibi non fuisse numeratam, non posset opponere exceptionem non numeratæ pecuniæ. Itaque si creditor sciret pecuniam se non numerasse, meritò etiam post biennium exceptio non numeratæ pecuniæ ei obijci posset, quia mala fidei possessor nullo vnquam tempore præscribit. c. possessor. de R. I. in 6. Hæc sententia est æquior, & in foro conscientiæ tutior. Dynus in c. locupletari. de R. I. in 6.

Obijcitur l. in contractibus. C. de non num. pec. vbi dicitur, quod qui in chirographo scripsit se mutuum accepisse, ita efficaciter post biennium obligetur, vt iam amplius queri nullo modo possit. Resp. Non potest debitor post biennium hanc exceptionem opponere, vt contra naturam aliarum exceptionum eo privilegio fruatur, vt onus probandi transferat in actorem, sed tamen eatenus illi licebit post biennium opponere, vt secundum communem naturam aliarum exceptionum, obiectam exceptionem



ptionem probare cogatur, doceatque numerationem non esse factam a creditore, per l. asseueratio. & l. generaliter. C. de non num. pec. Lapsus enim biennij non inducit pro instrumento praesumptionem iuris & de iure, sed tantum praesumptionem iuris, quae admittit probationem in contrarium l. cum precibus. C. de proba. Ita sensit Iacobus vetus glossator in d. l. in contractibus, in verb. nullo modo: quam opinionem Baldus, Salyc. & Castren. ibidem, & communis D. D. schola amplectitur. Sneiderwi. ad tit. Inst. de liter. oblig. num. 11. & ibidem Baro.

ASSERTIO XXIII.

*Si pro pecunia species vendenda data sit, ut redacta ex pretio pecunia credita sit, mutuum contrahitur.*

**T**RADITUR haec sententia expressè ab Vlpiano in l. rogasti 11. §. de reb. cred. Sed opponitur l. rogasti 19. §. de praesc. ver. vbi ex tali facti specie agitur praescriptis verbis, tanquam ex contractu innominato. Resp. Tunc est mutuum, quando is qui rem vendendam accepit, precium recepit, idque ex proposita specie in d. l. rogasti xi. satis euidenter intelligitur. Id enim actum est, ut rem venderes, & nummis uteris, nempe acceptis: quoniam nisi acceperis, uti non potes. Sin autem nondum vendidit, vel vendidit, sed pretium nondum exegit, tunc nondum est mutuum: quia mutuum dici non potest, nisi accepta a debitore pecunia, neque species in mutuum cadere potest. Ideoque praescriptis verbis actio hic competit, qua venditor conuenta facere cogitur. Zaz. ad l. rogasti. §. Si cer. pet.

Secundò obijcitur l. qui negotia. §. Manda. vbi dicitur, eum qui cum pecuniam mutuam dare vellet, argentum vendendum dedit, pecuniam creditam non rectè petere. Resp. D. D. quòd d. l. qui negotia, accipienda sit in eo casu, quando res vendenda data est ea lege, ut pretium prius restitueretur domino, quam illud crederet. Quod videtur quodammodo colligi ex tex. d. l. qui negotia, quòd dicat tex. eum qui pecuniam mutuam dare vellet.

vellet. ergo nondum dedit: non enim expressè conuenit, ut statim post rem venditam pecunia uteretur. In l. autem rogasti, nominatim actum est, ut re vendita venditor pretio uteretur. Vel dicendum, Africanum ad strictum ius respexisse, quo iure mutuum dici non potest: quia pecunia nunquam fuit mea, ergo non est factum de meo tuum, ac proinde non est mutuum. Sed Vlpianus in d. l. rogasti ex bono & aequo sustinet mutuum per fictionem breuis manus: quia fingitur pecunia ex venditione rei meae redacta mihi soluta, deinde a me tibi mutuò data. l. singularia. §. de re. cred. Praeualet autem benignitas, & negligitur subtilitas iuris, l. si fideiussor. §. quaedam. §. Manda.

ASSERTIO XXIV.

*Actor licet ipse nihil probauerit, reo iusiurandum iudiciale deferre potest.*

**P**ROBATUR haec sententia per l. cum de indebito. §. in omnibus. §. de prob. l. manifestae. §. de iureiur. vbi dicitur quòd manifestae turpitudinis & confessionis est, nolle nec iurare, nec iusiurandum referre. Cum enim actor aequissimam conditionem in delatione iurifurandi reo proponat, quòd eum suae propriae causae testem & iudicem faciat, certè sine manifesta calumnia eam conditionem non potest repudiare: Ideoque tacitè debitum censetur confiteri, quod praestito iureiurando poterat negare, & proinde maliciosè solutionem debiti, quòd tacitè confiteretur, recusare censetur. Eruditè Donel. ad tit. de iureiur. c. 12. num. pen. & vlt. His accedunt textus expressi in l. tutor. §. 5. §. de iureiur. quae ait tutorem omnibus alijs probationibus deficientibus posse iusiurandum deferre, item l. vlt. §. licentia. C. de Iu. delib. vbi dicitur, quòd si aliae omnes probationes deficient, tunc legatarij & creditores possunt heredi deferre iusiurandum, ut veram hereditatis quantitatem manifestet.

Obijcitur l. generaliter 12. §. fin autem is. C. de re. cred. vbi dicitur, posse iusiurandum ab eo cui defertur, recusari. Resp. Tum



Tum demum potest reus iusiurandum recusare, si iustas & probabiles causas habeat non recipiendi iusiurandi. Iustae autem causae recusandi sunt, si reus veritatem causae suae testibus & instrumentis vel alijs idoneis probationibus confirmare possit, tunc enim à praestatione iusiurandi est immunis. c. 2. ex. de prob. c. vlt. ex. de iureiur. Wes. in parat. de iureiur. num. 9. Ferr. in for. resp. rei couen. in verb. iusiurandi. Itē iusta causa est recusandi, si cui de facto alieno deferatur iusiurandum, quia nemo tenetur anceps periurium subire: ac de qua re non liquet, iurare nemo compellitur. Sic vxor quae dicitur amouisse res mariti, iurare compellitur, pater vel heres eius iurare non cogitur, quod sit iniquum de facto alieno quenquam iurare. l. Marcellus. §. 2. ff. Rer. amo. l. 4. ff. de in lit. iur. Eodem modo heres de contractu defuncti non iurat, procurator de facto domini non iurat. l. iusiurandum 34. §. procurator. ff. de iureiur. Paul. lib. 2. sent. tit. 1 Vnde colligitur, quod d. l. manifestae, non corrigatur per d. §. si autem is, vt communiter notant DD. sed restringatur tantum, vt videlicet is cui defertur iusiurandum, cogatur etiam hodie iurare, vel iusiurandum referre, nisi habeat iustam recusandi causam. Cynus ad d. l. generaliter, num. 4. Idque euidenter probat §. vlt. eiusdem l. vbi dicit Imp. se antiquioribus legibus nihil hac constitutione derogare, sed supplere, si quid ijs deesse videatur.

Secundò obijcitur l. qui accusare. C. de eden. vbi dicitur, quod actore non probante, reus etsi nihil praestiterit, id est, nihil probauerit, non iurauerit, absoluendus sit. Respondet Castren. ad d. l. manifestae, quod ista lex intelligenda est, si actor omninò defecit in probatione, quod tunc non possit à iudice reo deferri iusiurandum, eo enim casu reus non tenetur iurare. Nam iudex potest tantum deferre iusiurandum, si causa sit dubia, & probationes ancipites & parum idoneae suppetant. l. admonendi. ff. de iureiur. Aliud dicendum est in iureiurando delato à parte parti, hoc enim tenetur reus omninò praestare, vel referre, l. iusiurandum 34. §. ait Praetor. & §. vlt. ff. de iureiur. Nec etiam probatione omninò destituitur actor, qui iurandi conditionem vel alteri offert, vel ipse suscipere paratus est: quia satis probat, qui

qui defert vel praestat iusiurandum d. l. cum de indebito. §. in omnibus. l. eum qui 30. ff. de iureiur. l. vlt. de fideico. Approbat hanc solutionem Cuiac. lib. Obs. 22. c. 28.

ASSERTIO XXV.

*Periurium legibus legitima poena punitur.*

**P**ROBATVR haec assertio multis legibus. Primum adducitur notabilis tex. in l. 2. §. vlt. C. de ind. vid. toll. vbi ait Iustina. satis inhumanum esse, per leges quae periuria puniant, viam periurijs aperiri. Secundò confirmatur haec sententia per l. si quis maior. C. de transf. vbi qui violat transactionem iuratum, notatur infamia, vnde & periurus à dignitatibus honoribus & beneficijs repellitur. l. quoties. C. de dignit. lib. 12. Tertiò comprobatur hoc per l. vlt. ff. Stellio. vbi poena stellionatus scilicet exilij, periuro irrogatur. Postremò idem conuincitur per l. si duo 13. §. vlt. ff. de iureiur. vbi periurium fustium castigatione vindicatur. Ex quibus omnibus legibus abundè probatur periurium extra ordinem criminaliter puniri iudicis arbitrio.

Sed vehementer refragatur l. 2. C. de re. cred. vbi dicitur, quod iusiurandi religio contempta satis Deum ultorem habeat, additurque poenam corporalem pro periurio non infligi. Resp. Haec pugnancia responsa tali distinctione conciliantur. Si quis temeritate, vel calore quodam iracundiae motus peierat, sine alterius incommodo, poena non est dignus. d. l. 2. & l. alienam. C. Ad l. Iul. maiest. l. vlt. in prin. ff. Ad municip. Qui verò in negotijs contrahendis, aut iudicij, fraudandi alterius causa, consultò peierat, poena meritò afficitur, siue per DEVM, siue per salutem Principis peierauit. d. l. si duo. §. vlt. Haec est communis & recepta DD. distinctio, quod scilicet periurium puniatur extra ordinem iudicis arbitrio, quando adfert manifestam publicam vel priuatam laesionem. Quam sententiam approbat Duare lib. 2. disp. c. 37. & eruditè defendit Meno. de arb. iud. lib. 2. cent 4. quaest. 319.

Secundò obijcitur hoc argumentum. Nemo potest à conuentione-



uentione semel inita recedere, eamque impugnare l. sicut. C. de obl. & act. Sed in iureiurando ab aduersario in iudicio delato, voluit deferens stare religioni iurantis, habetque hoc iusiurandum vim transactionis & conuentionis. l. quod si deferente ꝛ de dolo. l. 2. ꝛ de iureiur. Ergo non debet peieranti poena aliqua infligi, quia volenti non fit iniuria, neque retractari debet id quod iureiurando decisum est. Resp. Non rescinditur propter periurium id quod iureiurando decisum vel transactum est, propter conuentionem eius qui detulit, sed nihilominus propter dolum & perfidiam periuro poena extra ordinem infligenda est, rato manente interim iureiurando.

ASSERTIO XXVI.

*Causa iureiurando decisa prætextu periurij retractari non potest.*

**T**EX. est in l. r. C. de re. cred. Ratio huius assertionis est, quia in actione in factum ex iureiurando non quaeritur, an actori pecunia debeat, sed tantum an iurauerit, ut intelligamus, si actor probauerit se iurasse, reus omnimodò damnandus sit. l. 5. §. dato. ꝛ de iureiur. l. post rem. ꝛ de re iud. Accedit & altera ratio, quòd iusiurandum speciem transactionis habet. l. 2. l. tutor 35. §. 1. ꝛ de iureiur. l. quod si deferente 21. ꝛ de dolo. Transigere nanque videtur de iure suo, qui rem committit religioni & conscientiae aduersarij: igitur de eo rursus experiri non potest, etiamsi periurij arguat aduersarium. Quod enim semel mutua conuentione sopitum est, non debet prætextu periurij retractari. d. l. quod si deferente.

Obijcitur l. admonendi ꝛ de iureiur. vbi sententia lata secundum iusiurandum actoris, propter instrumenta de nouo reperta retractatur. Resp. Thesis hæc intelligenda est de iureiurando conuentionali, quod ex consensu vtriusque partis extra iudicium defertur, & iudiciali iureiurando, quod ab vno litigatorum alteri in iudicio defertur. Hisce generibus iurisiurandi finitæ lis, neque prætextu periurij, neque propter instrumenta de nouo

nouo reperta retractari potest, quia hæc iuramenta instar transactionis sunt. Aliud obtinet in iureiurando necessario, quod à iudice propter inopiam probationum alteri litigantium defertur: sententia enim ex tali iureiurando lata, propter probationes de nouo repertas retractari potest, de quo iuramento loquitur d. l. admonendi, ut ibi notat Costal. Ratio duplex est, primò quia inopia probationum iudex iusiurandum detulit, ergo copia probationum emergens id infirmat. Secundò in hoc iuramento nullus vertitur consensus litigantium, cum iudex vni litigatorum hoc deferat altero inuito, quem nouis instrumentis comprobantem aduersarium falsum iurasse, audiri æquum est, quia ipse in delationem iurisiurandi non consensit.

Secundò obijcitur l. vlt. C. de re. cred. vbi iuramentum prætextu periurij retractatur in casu scilicet legati aut fidei commissi, quod legatarius nondum cognitis verbis testamenti iurauit sibi deberi, herede deferente: aperto enim postea testamento, si appareat nihil ei relictum, iusiurandum retractatur, & datur heredi conditio indebiti, qua legatum perperam solutum repetit. Resp. Hoc specialiter fauore vitimarum voluntatum receptum est, quia publicè interest extremas hominum voluntates exitum fortiri. l. vel negare, ꝛ Test. quem ap.

ASSERTIO XXVII.

*In criminalibus causis non defertur à iudice iusiurandum, in supplementum probationis.*

**C**ONTRÓVERSA est quaestio inter D.D. An in causis criminalibus decidendis locus sit iuramento suppletorio. Sed verior est sententia Bartoli Castrensis, & aliorum in l. 3. ꝛ de iureiur. in criminalibus causis non esse locum huiusmodi iureiurando. Quorum sententia probatur hac euidentissima ratione, quia in causis criminalibus actor liquidissimè probare debet quòd intendit, & adferre probationes meridiana luce clariores. l. vlt. C. de prob. nemoque ex crimine poena aliqua condemnandus est, nisi vel confessus sit delictum, vel



probationibus clarissimis conuictus. l. qui sententiam. C. de pœnis.

Obijcitur l. 3. §. ex quacunq. ꝛ de iureiur. vbi dicitur, quacunq. actione quis conuiciatur, siue pœnali, siue rei persecutoria, locum esse delationi iuramenti. Resp. Hoc verum est, si causa criminalis ciuilitate intentetur ad priuatam vtilitatem: si verò de crimine agatur criminaliter, ad publicam vindictam, non est locus huic iuramento. Hoc probat verbum actionis, quo vtitur I C. in d. §. quacunq., quod de actione criminali ciuilitate intentata est intelligendum. Vbi enim criminaliter agitur, dicitur potius accusatio, quam actio. l. de fide. C. Ad l. Corn. de fals. Hæc est communis & recepta DD. opinio in d. l. 3. vt notat Wesem. in parat. de iureiur. num. 10. Ita tradunt Glos. & Bart. in l. maritus. ꝛ de quæst. Ias. in l. admonendi. num. 224. de iureiur. vbi communem dicit. Approbat Fachin. lib. 1. contr. c. 15. Quod igitur in l. furti 6. §. pactus. ꝛ de his qui not. infra. dicitur, quod reus qui in actione furti vel simili famosa iurauit, innocentiam suam quodammodo testatus est, intelligendum est de iudicio ciuili, non criminali.

ASSERTIO XXVIII.

Ex iureiurando promissorio nulla oritur actio iure ciuili.

Ex iureiurando, quod promissorium DD. vocant, non oritur actio iure ciuili, sicuti nec ex pacto. Probatur hæc sententia, quia specialiter constitutum est, vt si libertus iurauerit se operas patrono daturum, obligatio contrahatur. l. vt iuraturandi, 7. & l. seq. ꝛ de op. liber. l. 13. in pr. de accept. l. vlt. ꝛ de lib. can. l. si quis pro eo 36. ꝛ de fideiuf.

Obijcitur in contrarium Auth. sacramenta. C. Si adu. vend. vbi dicitur pactum confirmari iuramento, & seruandum esse iuramentum, quod frustra diceretur, nisi obligationem & actionem pareret. Resp. Iuramentum quidem confirmat contractum, & seruandum est, item ex contractu iurato nascitur actio, sed

sed iuramentum per se solum non est potens & sufficiens ad producendam actionem.

Secundò aduersatur l. si quis maior. C. de transf. vbi dicitur agi posse ad pœnam contra eum, qui transactionem iurata non seruauit. Igitur oritur ex transactione iurata actio, cum alioqui ex nuda transactione agi non possit. l. siue apud acta. C. de transf. Resp. ex sententia Alciati ad d. l. si quis maior, actionem ibi ad pœnam dari, quia intelligitur esse promissa per stipulationem. Fachin. lib. 2. contr. c. 100. & lib. 3. c. 12. Deinde ibi non fuit omninò nuda transactio, sed præter conuentionem aliquid datum vel factum fuit causa transactionis, quo casu transactio in contractum innominatum transit, & producit actionem.

Tertiò obijcitur, quod traditur in l. si duo 13. §. si quis iurauerit ꝛ de iureiur. quod si quis iurauit se credidisse pecuniam vel societatem contraxisse, vel emisse, quod detur ex hoc iureiurando actio. Resp. Aut iuramentum interponitur super legitimo contractu, & tunc actio directa quæ ex tali negotio competit, vtiliter propter iusiurandum conceditur, quamuis de negotio non appareat, vel etiam actio in factum iuratoria locum habet. Aut iuramentum præstatur nulla prorsus adiecta causa, quod DD. iuramentum informe vocant, & tunc ex tali iureiurando nulla producitur actio: quia in iudicijs nihil sine generali vel speciali causa debet admitti, Olden. cl. 1. act. 9.

Postremò arguitur ex l. 8. C. de re. cred. vbi dicitur, quod ex iureiurando actio in factum competat ad similitudinem iudicati. Resp. Hoc verum est, si iusiurandum subsequatur sententia iudicis, tunc enim vtilis actio iudicati ex eo producitur. Cuius in parat. C. ad tit. de re. cred. Illud denique sciendum, quod licet iure Canon. nulla ex iuramento promissorio oriatur obligatio, tamen iudicis officio potest quis compelli vt præstet quod iurato promisit. c. cum contingat, ex de iureiur. c. vlt. de fo. comp. in 6. Diuersam sententiam, quod scilicet iuramentum promissorium producat obligationem & actionem iure ciuili, probant & defendunt Wesem. in para. de iureiur. & Franc. Sarmientus lib. 1. select. interp. c. 3. Vide eleganter de hac questione



ne differentem Cuiac. lib. Obs. 22. c. 7. ubi erudite docet non esse maiorem vim iurandi, quam pacti.

ASSERTIO XXIX.

*Iusiurandum iudiciale etiam per procuratorem praestari potest, dominoque prodest.*

**P**ROCURATORES & defensores non coguntur inuiti suscipere & praestare delatum sibi ab aduersario iusiurandum, quia nemo de facto alieno iurare cogitur. l. Marcellus. §. iurare. ff. Rer. amo. l. iusiurandum 34. §. procurator. ff. de iureiur. Sed quaeritur, an si vltro sit paratus iurare procurator, admitti debeat ad iurandum. Quod verius videtur, per l. §. pen. ff. de iureiur. Vbi dicitur, quod iusiurandum procuratoris ei ab aduersario delatum prodest domino, pariatque domino, si reus sit exceptionem, si vero actor sit, actionem ei producat.

Sed obstat l. generaliter 12. §. his ita de praesentibus. C. de re. cred. vbi dicitur lite per procuratorem ventilata, ipsum dominum debere praestare iusiurandum. Distinguendum ex sententia Bart. in l. qui bona. §. si alieno. num. 15. ff. de dam. inf. cuius opinio in praxi seruatur, teste Wesem. in parat. de iureiur. Aut aduersarius qui iusiurandum defert, contentus est, vt reus per procuratorem iuret, & tunc volens procurator ad iurandum admittitur, in utilitatem domini. Aut aduersarius non vult stare ipsius iureiurando, sed vult vt dominus ipse iuret, & hoc casu procurator iurare volens non est audiendus, sed ipse dominus iurare, & per se respondere cogitur. d. §. his ita. l. quoties. §. praetor, & §. seq. ff. de nox. act.

Secundo obijcitur, quod per liberam personam alteri non acquiritur actio. l. 1. C. Per qu. perso. no. acqu. Resp. Hoc in iureiurando aliter se habet: quia iusiurandum parem vim habet cum re iudicata. l. actori. C. de re. cred. Sicut ergo ex lite per procuratorem peracta competit domino actio iudicati, l. in causa 27. §. vlt. & l. seq. ff. de procur. ita & in factum actio competit domino ex iureiurando procuratoris. l. §. penul. l. vlt. §. ff. de iureiur.

ASSERTIO XXX.

*Etiam ob latam culpam iuratur in litem, & lata culpa continetur sub dolo in civilibus causis.*

**D**VBITATUR inter DD. An ob latam culpam iuretur in litem. Ioan. & Azo negant. Mouentur verbis tex. in l. §. ff. de in lit. iur. qui ait in litem iurari ob solum dolum. Haec verba taxatiua, solum, duntaxat, tantum, & si qua similia, solent in legibus nostris esse praecisa, & casus similes excludunt. l. non solum. §. tale. ff. de lib. leg. Hinc excludunt etiam latam culpam, quae dolus non est, sed tantum ei comparatur. l. 1. §. haec actio. ff. Si men. fal. mo. Mouet quoque eos, quod dolus in poenis non solet ad latam culpam produci. l. in lege 7. ff. Ad l. Cor. de fca. Hoc sequuntur Acc. Bart. Castr. & Ias. in d. l. §.

Sunt etiam qui ob latam culpam affirmant iurari in litem, quae est Fulgosij sententia. Mouetur hac ratione. quod lata culpa dolo comparatur. d. l. 1. Mouetur deinde per tex. in l. is qui. C. de in lit. iur. Cuius sententiae sectatores se praebent Duare. in d. l. §. Coraf. lib. 4. Misc. c. 2. Mihi videtur verior haec sententia, quod etiam ob latam culpam iuretur in litem: nam lata culpa non solum dolo comparatur, sed est quoque doli species: quod probat Celsus aperta voce in l. quod Nerua. ff. de depo. quia est dolus praesumptus iuris interpretatione, vt recte notat Acc. in d. l. quod Nerua. Idem probat l. 1. §. is quoque. ff. de obl. & act. vbi dicitur quod lata culpa, quae magna negligentia appellatur, in doli crimen incidat.

Non obstat quod ait I C. in d. l. §. duntaxat, vel ob solum dolum in litem iurari: nam & de agrimensore dictum est, quod de dolo duntaxat teneatur. in d. l. 1. §. haec actio, nihil tamen id impedit, quo minus & latam culpam praestet. d. §. haec actio. vers. lata culpa. Sic etiam de depositario traditum est, quod duntaxat de dolo teneatur in l. contractus. ff. de R. I. nihil tamen dubitat Celsus, quin & de lata culpa teneatur, in d. l. quod Nerua. Idem denique responsum est in precario in l. quaesitum, §. cura



§. eum quoque. *¶* de preca, nam & lata culpa dolus est. l. magna 226. *¶* de V.S. Nec obstat, quod prædictæ leges vtuntur particulis taxatiuis, nam hæc dictiones taxatiuæ, veluti tantum, solum, duntaxat, non excludunt casus similes. l. ob æs alienum, & ibi Gl. & Bart. C. de præd. & al. reb. mino.

Denique non obstat, quod dolus in delictis non porrigatur ad latam culpam: Nam id verum est, si ad poenam. corporalem agatur. d. l. 7. Si autem delicti poena pecuniaria sit & ciuilis, lata culpa pro dolo est, & doli appellatione continetur. tex. apertus in l. i. §. non aliàs. *¶* Si quis test. lib. esse, &c.

## ASSERTIO XXXI.

*In iurciurando in litem habetur ratio affectionis.*

**Q**UOD affectionis ratio habeatur in hoc iuramento, probat l. tutor 8. *¶* de in lit. iur. vbi dicitur ex arbitrio actoris pretium statuendum in iuramento in litem. Illud autem optima ratione traditum est, in hoc iuramento ex arbitrio & affectione actoris æstimationem rei iniri, vt scilicet contumacia & dolus Rei, qui rem suam domino restituere non vult, puniatur. d. l. tutor. Non enim æquum est dominum inuitum rem suam iusto & communi precio vendere. l. non enim 9. *¶* Rer. amo. Itaque cum dominus inuitus hoc casu rem suam vendere, & possessori relinquere cogatur, æquum est, vt rei pretium pro arbitrio suo statuat.

Obijcitur, quod traditur in iure affectionis rationem non haberi. Pretia enim rerum, non ex utilitate vel affectione singulorum, sed communiter fungi debent. l. pretia 63. *¶* ad l. Falc. Similiter in l. vlt. *¶* de op. seruo. dicitur, voluptatis vel affectionis æstimationem non haberi. Tertio asseueratur in l. i. §. & aliàs videamus. *¶* Si qu. in fr. patro. Patronum propter affectionem, vel oportunitatem vel vicinistatis, vel cœli rem iusto precio venditam reuocare non posse. Resp. Ex his legibus non efficitur, nullum esse iuramentum in litem affectionis. Iusurandum enim in litem non propter solam affectionem præstat, quam

quam actor aduersus rem petitam habet, sed propter dolum & contumaciam Rei rem petitam non restituentis. l. i. l. 2. §. vlt. *¶* de in lit. iur. Dolus & contumacia rei faciunt, vt affectionis ratio habeatur: quæ certè nulla ratione punirentur, si rei pretium ex communi æstimatione sit pendendum.

Secundò obstat l. si seruum 33. *¶* ad l. Aquil. vbi dicitur, si seruus, qui erat filius meus naturalis, quem ego magno pretio emtum volebam, occisus sit, quod occidens in veram serui æstimationem teneatur, nulla affectionis habita ratione. Ergo multò minus in hoc casu, quo dolus ex contumacia metitur, affectionis ratio habenda est, cum hoc delictum versetur in omitendo, illud verò in faciendo, quod longè grauiorem poenam meretur. Resp. Damnum datum, ex lege Aquilia, propria & certa poena punitur: vnde partis arbitrio nihil committitur, ne duplici poena delinquentes grauentur: contra l. omnes 23. C. de poen. l. sanctio 41. *¶* eo.

Tertio aduersatur l. nummis, & l. instrumentis, *¶* de in lit. iur. vbi dicitur, iurari in litem de eo quod actoris interest, nummos depositos sibi sua die redditos non esse, vel instrumenta prolata non esse. Hinc sequitur, non haberi rationem affectionis in iurciurando in litem, quia verum interesse opponitur liberæ & poenali æstimationi, quæ fit per iusurandum in litem ex arbitrio actoris, l. 2. §. vlt. *¶* de in lit. iur. l. non à iudice 64. *¶* de iudic. Resp. Ideò in nummis depositis non iuratur in litem, quia in nummis nulla cadit affectio, cum eorum certa semper sit æstimatio. Similiter instrumentis non exhibitis, iuratur quanti actoris interest, quia non inspiciuntur instrumenta, sed res quæ instrumentis continetur. Ideoque non consideratur affectio, quam actor aduersus instrumenta habet, sed inspicitur tantum quod actoris interest.



ASSERTIO XXXII.

*In contractu venditionis & emtionis non iuratur in litem.*

**Q**UÆSITUM est ab interpretibus, An in actione empti, qua petit emtor rem emtam sibi tradi, iuretur in litem. Et verius est non iurari. Probatur hæc sententia per l. si traditio. C. de act. emp. vbi statuitur, quòd si procacia venditoris res vendita non tradatur, quòd fiat condemnatio, quanti interest compleri emtionem. Dum lex significat venditorem condemnari in id quod interest, ostendit non condemnari, quanti in litem iuratum est: pugnant enim hæc inter se, quanti interest, & quanti in litem iuratum est. Illud enim quod interest, veram rei æstimationem significat; in iuramento verò in litem, ex singulari affectione & arbitrio actoris res æstimatur. l. 2. l. tutor. & de in lit. iur. l. non à iudice. & de iudic. Quæ decisio etiam iustissima ratione comprobatur, quia in ijs tantum actionibus æquum est in litem iurari, in quibus agitur ad restituendam rem, quæ vel nostra est, vel ad nostrum ius pertinet. d. l. tutor. l. si filiosfam. §. i. & Sol. mat. Ideoque cum emtor nondum sit dominus rei emptæ ante traditionem, agatque ad rem alienam sibi præstandam, meritò in actione ex empto non iuratur in litem.

Sed obijcitur, quòd generaliter traditur in l. 5. & de in lit. iur. & l. 3. §. in hac. & Commo. in omnibus bonæ fidei iudicijs iurari in litem. Resp. Verba illa generalia ita sunt restringenda, dummodò illæ actiones competant ad rem restituendam, quæ vel nostra sit, vel ad nostrum ius pertineat. Propter istas enim duas causas res iureiurando in litem æstimatur, primùm vt contumacia rei puniatur, deinde vt de re petitoris, vel ad ius eius pertinentè agatur. d. l. tutor. Proinde in actione commodati, depositi, locati, item in actione ex stipulatu pro dote restituenda, in actione tutelæ, cum res suas pupillus à tutore repetit, iuratur in litem, quia in his omnibus agitur de re nostra restituenda.

l. 1. §. in

l. 1. §. in depositi. & depo. d. l. 3. §. in hac. l. si cui locauerim. §. 1. & loca. d. l. tutor. d. l. si filiosfam. §. 1. Contra quia in actione ex empto non agimus ad rem nostram restituendam, sed ad rem venditam nobis tradendam, non iuratur in litem. Donel. ad l. 5. num. 4. & de in lit. iur. Duare. ad eundem tit. num. 22. & sequi. Borcholt c. 4. & eod.

ASSERTIO XXXIII.

*In contractibus, qui solius recipientis causa sunt, leuissima culpa; in contractibus qui solius dantis utilitatem respiciunt, lata culpa; in ijs qui vtriusque gratia sunt, leuis culpa præstatur.*

**P**ROBATVR hæc thesis apertè in l. contractus. & de R. I. & l. si seruus 108. §. cum quid. de leg. 1. l. si vt certo. §. nunc videndum. & Commod.

Obijcitur de precario, quod ad recipientis commodum perinet, & tamen ibi præstatur tantum dolus & lata culpa. d. l. contractus. l. quæsitum. §. 3. & de preca. Resp. Regula de contractibus accipienda est, sed precarium propriè non est contractus, quia substantia contractus est obligatio. Atqui precario dans non obligatur, sed repetere potest precarium, quando vult. Sibi ergo imputet, qui cum suspectam haberet diligentiam precario possidentis, precarium non reuocauit. l. 2. & de preca. Non est contractum negotium in precario. l. interdictum. & de preca.

Opponitur secundo §. vlt. Inst. loca. l. si merces 33. §. qui columnam. & eo. vbi exactissima diligentia requiritur in locatione, & leuissima culpa præstatur. Ad §. vlt. respondent communiter DD. quòd ibi superlatiuus positus sit pro positiuo. Ideoque quod ibi requiritur à còductore diligentissimi patrisfam. custodia, perinde accipiendū est, ac si diligentis patrisfa. exigeretur: cum iuxta communem contractuum naturam, in contractibus in quibus vtriusque utilitas versatur, vt in locatione, leuis culpa præstatur, seu diligentis, non diligentissimi patrisfam. custodia. Sic è contrario in §. item is. Inst. Qu. mo re cont. ponitur possituius

Z 2



tius pro superlatiuo. Quod enim ibi dicitur, commodatarium teneri ad exactam diligentiam, pro exactissima accipiendum est. l. in rebus 18. ff. Commod. l. 1. §. 1. ff. de obl. & act. Ad §. qui columnam, respondetur, singulare esse in deportatione rerum periculofarum, quæ facile frangi possunt, vt vitri, columnarum, signorum. Itaque in his rebus tractandis, quæ summam cautionem & singularem industriam desiderant, exactissima diligentia præstanda est, cum in cæteris sufficiat mediocrem curam præstari.

In tutela & negotiorum gestione leuis quoque culpa præstatur, quamuis in hoc contractu utilitas absentium tantum versatur, in illo commodum pupillorum solum. l. 1. ff. de tute. & rat. dist. l. quicquid. C. Arb. tute. l. si negotia. ff. de neg. gest. l. tutore 20. C. eo. Hæc enim contra communes & ordinarij iuris regulas in fauorem pupillorum & absentium sunt constituta. Accedit & hæc ratio, quod ideò gestor de leui culpa tenetur, quia se vltro gestione obtulit, non rogatus à domino, vnde grauius oneratur, quam si ab eo requisitus esset. Videtur enim eo ipso, quod suo arbitrio accessit ad negotia gerenda, tacite se diligentem & idoneum profiteri. arg. §. 1. Inst. de obl. ex q. contr. Castren. ad d. l. si negotia. Et per se quidem tantum leuis culpa præstatur in negotijs gestis, non leuissima: nisi per accidens, cum videlicet alius diligentius negotia curare volebat, cui gestor cedere noluit, tunc enim leuissima culpa præstatur. §. 1. Inst. de obl. ex qu. contr. l. si pupilli 6. §. vlt. ff. de neg. gest. In tutore quoque leuis culpa præstatur, licet nulla eius versetur utilitas. Ratio & hæc reddi potest, quia tutela publicum munus est, ideòque quilibet ad id munus obeundum, & pupillare negotium gerendum, vt diligens & frugi paterfam. cogi potest.

Opponitur tertio l. quod Nerua ff. depo. vbi dicitur, depositarium eam diligentiam debere deposito adhibere, quam suis rebus adhibet: ponamus autem hominem attentissimum & diligentissimum. Ergo & similem diligentiam in deposito adhibebit, & leuissimam culpam præstabit, non tantum latam. at Iustinianus eum indefinitè à culpa excusat. §. pen. Inst. Qu. more. cont. Resp. Quod I C. requirit à depositario, vt talem rebus depositis

depositis custodiendis curam adhibeat, qualem suis proprijs: hoc non accipiendum de diligentissimo depositario, sed de eo qui non fuit admodum diligens in rebus proprijs custodiendis. Quod si hic non abhibeat eam diligentiam in rebus depositis, quam in suis, certè latae culpæ reus est. Porro quod de parum diligente paterfam. I C. loquatur, ex verbis legis liquidò apparet, dum dicit, non requiri à depositario, vt ad eum modum diligens sit, quem hominum natura desiderat.

Quartum argumentum. Qui in cõmunionem incidit, vt coheres, item socius consensu factus, & maritus in re dotali, non tenentur ad eam diligentiam, quam diligens paterfam. rebus suis adhibet. Ergo non tenentur de culpa leui: quia culpa leuis est, non præstare talem diligentiam, qualem diligens paterfam. rebus suis adhibet. l. heredes. §. non tantum. ff. Fa. ercis. l. si constante. §. si maritus. ff. Sol. ma. l. socius 72. ff. Pro soc. l. quod sapè. §. si res vendita. ff. de con. emp. Resp. Culpa ea de qua assertio loquitur, præstanda est in rebus omninò alienis. Itaque quia coheres, socius, & maritus in re dotali quodammodò siue pro parte res proprias gerunt, de lata tantum culpa tenentur. Adde & in socio hanc rationem, quod de se queri debet, qui parum diligentem socium sibi delegit.

In mandato distinguendum est, si mandantis tantum utilitas versatur, lata culpa præstatur, l. 8. in fin. l. 10. in princ. ff. Mand. si solius mandatarij, leuissima: si vtriusque, leuis: quemadmodum in commodato distinguitur. Pro rerum autem varietate excipitur, vt si res talis sit, quæ mandata est, vt diligentiam exactissimam requirat, etiam leuissima culpa præstabitur, vt in procuratore ad iudicia & lites dato obtinet. l. à procuratore. C. Manda. Ratio est, quod in iudicijs maxima requiratur solertia, & procurator harum rerum peritiam profitetur.

Quinto obijcitur, quod venditor in re vendita custodienda talem custodiam præstare debet, qualem præstant hi, quibus res est commodata. l. 3. ff. de peri. & com. rei vend. Ergo ad exactissimam diligentiam tenetur venditor, sicut commodatarius. Resp. Quod prius indicauit I C. in d. l. 3. venditorem talem diligentiam præstare debere, qualem commodatarius, hoc postea



declarat, ut magis exactam præstet diligentiam, quam in rebus suis, sed non talem præstabit diligentiam, qualem diligentissimus paterfam. præstare est solitus, sicut commodatarius. l. in rebus 18. ¶ Commod.

Vltimò obstat l. si cum venderet 13. §. vlt. cum l. seq. ¶ de pig. act. vbi dicitur, in pignore custodiendo eam culpam præstari debere à creditore, quæ in commodato præstatur, vbi & leuissima culpa imputatur. Resp. Aut accipiendus est iste locus de commodato vtriusquè gratia contracto, quasi eadem culpa præstetur in pignore, quæ in tali commodato præstatur. d. l. in rebus. Vel dicendum, quòd in actione pigneratitia veniat dolus & culpa sicut in commodato: sed diuersa ratione æstimatur culpa in pignore, quam commodato. Nam in d. l. 14. subiungitur, sufficere creditorem in pignore eam diligentiam adhibere, quam diligens paterfam. rebus suis adhibet. Ergo non astringitur ad eam diligentiam, quam diligentissimus paterfam. rebus suis adhibet, ad quam tamen tenetur commodatarius, ac proinde non tenetur creditor in re pignorata de culpa leuissima, quæ opponitur exactissimæ diligentia. d. l. in rebus. l. i. §. 1. ¶ de obl. & act.

## ASSERTIO XXXIV.

*In contractibus nominatis non datur  
condictio ob rem dati.*

**H**ANC sententiam tradit Accur. in l. 2. C. de cond. ob caus. per l. 1. in fi. ¶ de re. permu. & l. vlt. ¶ de cond. caus. dat. Quæ sententia verior & probabilior videtur, idque per regulam, qua traditur, quòd in contractibus nominatis non agitur ad distractum, sed potius ad implementum contractus. l. ea conditione 14. C. de resc. vend. l. vendita 6. C. de act. emp. Wes. in parat. de cond. caus. dat.

In contrarium adfertur l. cum te C. de pact. int. emp. vbi ex contractu venditionis datur condictio ob causam, quia emptor non implet ex sua parte contractum. Resp. Quòd ibi non propriè

propriè emptio, sed potius innominatus contractus fuit initus: nam res fuit alienata exiguo pretio, ea conditione, ut accipiens certam aliquam rem præter pecuniam daret. Quæ res cum longè erat maioris valoris, quam pretium conuentum, cumque eius rei contemplatione principaliter contractus fuerat initus, meritò hoc negocium pro contractu innominato est habendum: ex quo competit condictio ob rem dati. Hæc est communis & recepta D. D. opinio, teste Pinel. in rub. de resc. vend. par. 2. c. 2. num. 19. & seqq.

Secundò obijcitur l. ex emto §. is qui vina. ¶ de act. emp. vbi ex contractu emtionis datur actio ex emto, & condictio ob causam. Sed responderetur, quòd ibi non ex emtione, verum ex datione arrhæ, quæ est specialis & separatus contractus, venditoris gratia initus, competit hæc condictio. l. contractus. C. de fid. inst. Azo in sum. C. de cond. ob caus.

## ASSERTIO XXXV.

*Si tibi pecuniam dedi, ut mihi Stichum dares, permutatio  
est, non emptio, periculoque meo Stichus erit.*

**C**OMPROBATVR hæc assertio apertè in l. vlt. ¶ de cond. caus. dat. vbi dicitur, quòd quando quis pecuniam alteri dedit, ut sibi Stichum daret, non esse hunc contractum pro portione emtionis & venditionis, id est, non esse speciem emtionis, sed obligationem ob rem dati, re non secuta, id est, permutationem contractam censerit.

Sed grauius obstat l. naturalis. §. 1. ¶ de præf. ver. vbi dicitur, si pecuniam do, ut rem accipiam, emtionem esse. Resp. Duerenus, Imprimis inspiciendam esse voluntatem contrahentium, & quid inter eos actum sit. Cum itaque non appareat in d. l. vlt. de emtione quicquam actum esse, ut cum neque venditionis, neque pretij, neque mercis fiat mentio, quæ duo tanquam substantialia oportet in emtione interuenire, §. pretium. Inst. de emp. & vend. l. vlt. C. de præd. decur. lib. 10. alium intercessisse contractum ex contrahentium mente, item ex argumentis & con-



& coniecturis colligitur. Vt si Stichum non erat venditurus, sed tamen facile donaturus, si remunerationis loco aliquid accipiat: hoc casu si dictum sit, do tibi hanc pecuniam, si mihi Stichum dederis, nemo affirmabit venditionem esse contractam, sed contractum do vt des initum. Duare. ad tit. de cond. caus. dat. Coraf. lib. 2. Misc. c. 9.

Hæc de prima parte thesis. Altera pars, qua dicitur, periculo meo, qui pecuniam dedi, esse Stichum, si fortè mortuus sit Stichus, antequam eum mihi dares, probatur expresso textu d. l. naturalis. §. 1.

Cui tamen grauissimè obstat d. l. vlt. vbi dicitur, si dedi tibi pecuniam, vt mihi Stichum dares, & mortuus est Stichus, posse me pecuniam repetere. Vnde videtur periculum Stichi ad eum pertinere, qui tenebatur eum dare, non ad eum qui pecuniam dedit pro Sticho; quandoquidem ipse mortuo Sticho pecuniam repetere potest. Resp. Hactenus perit Stichus periculo eius qui pecuniam dedit, vt non possit agere præscriptis verbis, quanti sua interest sibi Stichum dari. d. l. naturalis. §. 1. Attamen pecunia data illi non perit, quia potest eam condicere, tanquam causa non secuta, ob quam data est. d. l. vlt. Duare. ad l. si ex legati 23. §. de V. O. Cuiac. lib. Obs. 23. c. 29. quæ vltima fuit solutio Accursij in d. l. naturalis. §. 1.

ASSERTIO XXXVI.

*Indebitum errore facti solum repetitur,  
non errore iuris.*

**R**EGVLA hæc traditur in l. cū quis. C. de iu. & fac. ign. l. regula. §. si quis. §. eo. l. error. C. Ad l. Falc. Si quis ius ignorans, soluit indebitum, solum condicere non potest, ignorantia enim iuris non prodest, cum leges omnes homines scire debeant. l. leges. C. de legib. De vtriusque iuris & facti ignorantia accommodatum extat exemplum in d. l. error. verbi gratia: Qui soluit integra legata errore facti, cum falsò putaret hereditatem satis esse locupletem ad integra legata soluenda,

soluenda, nec detraxit Falcidiam, potest repetere quod ultra quartam Falcidiam soluit. Sin autem errore iuris soluit, cessat repetitio, hoc est, si sciuit bona defuncti non sufficere ad solida legata soluenda, & quartam, nec tamen existimauit eam sibi iure deberi, sed credidit se ad integra legata soluenda sine vlla deductione teneri, iuris errore, non repetit legata ultra quadrantem soluta. Iuris igitur ignorantia nemini opitulatur, facti verò non nocet. Similiter fideicommissum in minus solenni testamento relictum, errore facti solum repetitur, errore verò iuris solum non condicetur. l. fideicommissum. C. de cond. inde. l. 2. C. de fideicom. Gl. in d. l. cū quis.

Obstat l. 7. & 8. §. de iu. & fac. ign. vbi dicitur quòd iuris ignorantia suum petentibus, aut quod idem est, in damnis rei suæ amittendæ non nocet. Resp. Qui conditione indebiti solum repetit, non quod suum est, sed quod sibi debetur, petit. Suum enim id dicitur, quod alicuius proprium est. l. Quintus. §. argento. §. de au. & arg. leg. Qui autem indebitum soluit, transtulit dominium in accipientem: itaque propter ignorantiam iuris non repetit, quod publico iure transtulit in alium. Aliter responderi potest ad d. l. 8. vbi dicitur, quòd iuris error omnibus non noceat, contendentibus de damno rei suæ, vt hoc ita intelligatur, quasi dicat IC. quibusdam non nocere, non autem nullis. Similis formula locutionis extat in l. si seruus. §. si plurius. Si quis caut. vbi eum dicitur, omnes seruos statos non esse, intelligitur quosdam statos non esse. Tales autem personæ, quibus iuris ignorantia non nocet, sunt milites, minores, rustici & foemina. l. pen. C. de rest. in int. d. l. regula. in princ. l. 1. 11. & vlt. C. de iu. & fac. ign. l. si quis id. §. doli. §. de iurisd. Cuiac. lib. Obser. v. cap. pen. Duare. ad tit. de cond. inde.

Secundò obijcitur l. 1. in prin. §. Vt in poss. lega. vbi heres qui satisfecit legatorum nomine errore iuris, cum remissa ei esset à testatore cautio, satisfactionem condicere potest. Resp. Ibi benignè succurritur heredi satisfacti ius nescienti, ratione vltimæ voluntatis, quia voluit defunctus heredem non cauere legatarijs. Ergo cum hoc tantum casu ei benignè succuratur,



tur, in cæteris casibus errore iuris promittentibus, non succur-  
retur: quia quod benignè receptum est, non est producendum  
ad consequentias.

ASSERTIO XXXVII.

*Nulla competit repetitio indebiti ab eo qui suum recepit,  
tamen si ab alio quam vero debitore sit solutum.*

**Q**UÆRITUR, si illud quod quis soluit, debitū quidē erat,  
sed non ab eo qui soluit, sed ab alio, an detur repetitio:  
utputa Titius qui heredem se esse existimabat, cum re-  
uera non esset, soluit legata & debita testatoris, dabiturne ei re-  
peditio: Hic sunt pugnantēs leges. In l. si pœnæ 19. §. 1. de  
cond. inde. dicitur, quamvis debitum quis recipiat, tamen si is  
qui dedit, non debuit, competere repetitionem. Verum in l.  
repetitio 44. de eo. contrarium statuitur, quod scilicet repetitio  
cesset, quando suum, hoc est, sibi debitum quis recepit, tamen si  
à vero debitore non est solutum! Verissima hic est Accursij di-  
stinctio. Aut is qui soluit quod alius debet, suo nomine soluit,  
& tunc dabitur condictio indebiti, & verus debitor non libera-  
tur. d. l. si pœnæ. §. 1. l. in summa 65. de eo. l. 5. C. de cond. inde.  
l. si quid possessor de pet. her. l. eum quis. §. de peculio. de  
solu. Aut debitoris nomine soluit, & tunc nulli datur condictio,  
& verus debitor liberatur. d. l. repetitio. l. quod nomine §. l. ser-  
uus 36. de cond. inde. Sic in specie l. de hereditate. C. de pet.  
her. ponendum est; eum qui falsò putabat se heredem esse, sol-  
uisse heredis nomine, & ideo cessat condictio: quia cum here-  
ditario nomine soluit, indebitum non soluit. Econtrario in spe-  
cie l. 5. C. de cond. inde. qui falsò putabat se heredem, soluit  
suo nomine, & ideo condictioni indebiti locus est. Cuiac.  
lib. Obs. 8. c. 9.

ASSERTIO

ASSERTIO XXXVIII.

*Debitor qui debet alternatiuè duas res, & soluit vtrunque,  
eligere potest, quod repetat.*

**D**EBITOR qui debet alternatiuè Stichum, vel certam  
pecuniæ quantitatem, habet electionem soluendi quod  
velit. Sed si per errorem soluit vtrunque, putans se  
vtrunque debere coniunctim, quæritur, an sicut ab initio sol-  
uendi habuit electionem, nisi errasset, ita nunc habeat electio-  
nem condicendi, quod velit. Ulpianus, Marcellus, Celsus de-  
negant soluenti electionem, & creditori arbitrium retinendi  
quod velit, concedunt: ex ea ratione, quod hic creditor nunc  
debitor factus est. Itaque cum in alternatiuis sit electio debito-  
ris, merito ei retinendi arbitrium quod velit, permittitur. l. si  
non sortem 26. §. pen. de cond. inde.

Contrarium statuit Imp. Iustinia. in l. pen. C. eo. vbi sol-  
uenti electionem repetendi quod velit, concedit, ideo quod  
hæc repetitio resoluat & rescindat solutionem: debet ergo re-  
stituere electionem debitori, quam habuit: & sic qui soluendi  
habet electionem, habet & repetendi. In hac discrepantia reti-  
nenda est Imp. Iustiniani sententia in d. l. pen. quod videlicet  
in soluentis electione sit, quid condicat, non accipientis, quid  
reddat, aut retineat. Igitur aperte l. penult. corrigit §. penult.  
d. l. si non sortem, quod & Accur. licet timidè refert. Nam d. l.  
penult. est vna ex 50. constitutionibus Iustiniani, quæ in secun-  
da editione Codicis sunt insertæ: quibus & Pandectarum leges,  
& veteres constitutiones eidem Codici insertæ reformantur. l.  
vnic. C. de emend. C. Iustin. in princ. Baro ad §. præterea. Inst.  
de rer. diui. Cuiac. lib. Obs. 8. c. 35.

Aa 2

ASSERTIO



## ASSERTIO XXXIX.

*Condictio furtiua in solidum datur contra heredes furis.*

**P**ROBATVR hoc enunciatum in §. vlt. Inst. de oblig. ex delict. vbi dicitur, conductionem dari contra furis heredem, licet non possideat rem furtiuam. & apertius in l. 9. §. de condict. furt. vbi apertè scribit Vlpian. in conductione furtiua non pro eo duntaxat quod ad eos peruenit, sed in solidum teneri heredes. Ratio etiam manifesta id ipsum suadet: nam cum condictio furtiua non sit pœnalis, sed rei persecutoria actio, l. si pro fure 7. §. 1. §. eo. consequens est, vt sicut ceteræ actiones, quæ rem persequuntur, ita & hæc in heredes in solidum, licet nihil ad eos peruenit, competat.

Contrarium affirmat Cuiac. lib. Obs. 7. c. 37. & lib. 13. c. 37. vbi defendit conductionem furtiuam non dari contra heredes in solidum, sed tantum in id quod ad eos pertinet.

Argumenta eius hæc sunt. Primò mouetur per l. si tutor 9. §. vlt. cum l. seq. §. de tut. & rat. dist. ex qua colligit, conductionem furtiuam morte tutoris interire. Sed respondetur ibi tantum proponi, quod hæc tres actiones, furti scilicet, damni iniuriæ, & condictio furtiua nascantur quidem pupillo contra tutorem durante tutela, sed non exercentur, dum tutor administrat tutelam. Deinde quod subijcitur, morte tutoris has actiones interire, hoc accipiendum est de actione furti, & damni iniuriæ, non de conductione furtiua, quæ non minus contra heredem, quam ipsum furem competit. d. l. in conductione 9.

Secundò obijcitur l. 3. §. pen. §. de pecul. vbi dicitur, ex furto filijfam. non dari conductionem furtiuam contra patrem in solidum, sed tantum, quatenus eius peculium locupletius factum est. Ergo neque in solidum dabitur contra heredem, quia eadem condictio est patris & heredis. Sicut enim heres non tenetur ex delicto defuncti, ita nec pater ex delicto filij. l. ex pœnalibus 58. §. de R. L. Respondetur, non bonam esse consequentiam patris & here-

& heredis, nam condictio furtiua datur tantum contra furem & eius heredem, non contra patrem ex filijfam. furto. l. 5. §. de cond. furt. sed tenetur tantum pater actione de peculio, quatenus est factus locupletior, ne ex filij furto lucrum faciat.

Tertio aduersatur, quod condictio furtiua actioni rerum amotarum æquiparatur, cum vtraque contineat rei persecutionem, & detur in heredes. l. contra 6. §. si post. l. si mulier 21. §. pen. §. Rer. amo. sed actio rerum amotarum non datur in solidum contra heredes, sed in quantum ad eos peruenit. l. vlt. C. re. amo. ergo neque condictio furtiua in solidum dabitur contra heredes. Resp. Condictio quidem furtiua cõparatur actioni rerum amotarum in quibusdam casibus, sed non in omnibus: est enim in multis lenius & mitius iudicium rerum amotarum, conductione furtiua: vnde nec contra heredes datur in solidum. Vide hanc decisionem pulchrè confirmatam apud Anton. Fabrum lib. 4. coniect. iur. c. 1. vbi eruditè omnia contraria argumenta refutat.

## ASSERTIO XL.

*Mulier certiorata de iure suo, renuntiare potest SC. Velleiano, etiam extra iudicium.*

**Q**VERITVR an mulier possit renuntiare beneficio SC. Velleiani; ita vt efficaciter ex intercessione conueniatur. Bartolus inquit, contra hanc consuetudinem renuntiandi SC. Velleiano est veritas, quia iure ciuili non potest renuntiare: pugnat Baldus, qui inquit, pro consuetudine respondendum esse, quæ optima est legum interpret.

Connani argumenta, quod mulier renuntiare non possit beneficio suo, duo sunt: Primum est Bartoli, Qua leuitate & facilitate mulier ad intercedendum inducitur, eadem renuntiat. l. interdum 19. §. de mino. Sed respondeo, pertinaciam esse mulieris, non fragilitatem censendam, cum instructa & edocta de iure suo, priuilegio sibi competenti renunciat.

Secundum est. Pares sunt exceptiones SC. Velleiani & Ma-



cedoniani: atqui filius renuntiare non potest Macedoniano. Resp. Dissimilia sunt hæc, quia S C. Macedonianum introductum est in odium foeneratorum filiosam. mutuo dantium. At Velleianum non in odium mulierum, sed in fauorem earum receptum est: quilibet autem fauori pro se introducto potest renuntiare. l. pen. C. de pact. Renuntiare autem mulieres extra iudicium S C. Velleiano posse, liquidò patet ex l. ult. §. pen. Ad SC. Vell. qui de renuntiatione iudiciaria non loquitur, sed de ea quæ fit ante constitutum iudicium, cum extra ius quaritur, vtrum purè, an cum exceptione mulier iudicium sit acceptura. Item exemplum renuntiationis S C. Velleiani, habes in l. ult. C. Quan. mul. tut. off. item No. 118. §. 4. vbi dicitur, quòd mater possit esse tutrix filiorum, si auxilio Velleiani renuntiet.

## ASSERTIO XLI.

*Compensatio fit ipso iure, citra factum hominis.*

**C**ONTROVERTITVR inter interpretes, an compensatio fiat ipso iure, an verò factò hominis operante. Et verior est sententia, fieri ipso iure, & debitorem alterum ab altero liberari ipso iure, quia compensatio vicem solutionis obtinet. l. 4. Qui po. in pig. l. 19. de lib. caus. Sicut autem solutione tollitur ipso iure obligatio, §. 1. Inst. Qu. mò. tol. obl. ita etiam compensatione, sine vlla sententia iudicis. Duare. ad tit. de compen. c. 2. Azo putat generaliter siue regulariter tum demum fieri compensationem ipso iure, cum à partibus est opposita. allegat. §. compensationes. Inst. de act. speciale autem esse in delictis, in quibus ipso iure fit compensatio, sine factò hominis. l. si duo. de dolo. Sed & quantum ad sistendum cursum vsurarum attinet, eam ipso iure fieri putat. l. cum alter xi. de compen.

Sed contrarium verius videtur, cum leges quas Azo pro confirmatione adducit, parum ad propositum faciant. Diuersum itaque passim I C. & Impp. in l. si ambo. & l. posteaquam. de compen. & l. ult. C. eo. apertè decidunt, vbi compensa-  
tionem

tionem ipso iure fieri adfirmant. Quod etiam apertissimè conuincitur ex l. 4. C. de compen. vbi Imp. Alexander rescribit, ipso iure compensationem pro soluto haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab vtraque parte debetur. Huius rei hic est effectus, vt non videatur debitor in mora soluendi, qui potest vice mutua debitum compensare. Item vt neque pœna, neque vsura quantitatis eius, quæ compensari potest, debeat. l. 4. & 5. C. de compen. Qua de causa cum alter gratuitam, alter sub vsuris pecuniam debet, concurrentis vtrinque quantitatis vsuræ non præstantur. d. l. cum alter.

Obijcitur huic sententiæ §. in bonæ fidei. Inst. de act. & l. 4. C. de compen. quæ aiunt opponendam esse compensationem in iudicio. Resp. Oportet quidem compensationem in iudicio opponi, saltem eatenus, vt de ea innotescat iudici, quia iudex non potest diuinare. Verùm postquam est opposita, tunc statim ipso iure tollit debitum, non ex quo reus eam opposuit, vel iudex eam admisit, sed ex quo tempore inuicem aliquid cepit deberi.

## ASSERTIO XLII.

*Commodati actioni non potest opponi compensatio.*

**P**ROBATVR in l. ult. C. Commo. Vbi dicitur, prætextu debiti restitutionem commodati non probabiliter recusari. Vtputa si debeam tibi x. aureos, & commodavi tibi librum meum, prætextu debiti non potes retinere codicem meum. Ratio est, quia compensatio tantum locum habet in quantitatis, quæ inter se mutuam functionem & permutationem recipiunt, non verò in speciebus. l. si conuenerit 18. de pig. act. l. si non sortem 26. §. si centum. de cond. inde. Idque propter inæqualem & incertam corporum æstimationem receptum est: in corporibus enim & speciebus variat valor & æstimatio. Ideoque ne creditor inuitus aliud pro alio recipere cogatur, hic cessat compensatio. l. 2. §. 1. de reb. cred.

Obijcitur primò l. ult. C. de comp. & §. in bonæ fidei. Inst. de act. vbi dicitur, in omnibus actionibus compensationem locum



cum esse, excepta sola depositi actione, ergo & in actione commodati. Resp. Hoc verum est, si quantitas petatur, siue res, quæ in suo genere recipit functionem. In corporibus verò seu speciebus non admittitur compensatio, quia incerta est harum rerum æstimatio, & non recipiunt hæ res mutuam inter se functionem. Itaque quia in commodato species quæ petitur, præcisè restituenda est, non potest commodatarius per compensationem rem commodatam retinere.

Secundò obijcitur l. in rebus. 18. §. vlt. ꝛ Commo. vbi dicitur, quòd Commodatarius conuentus actione commodati directæ, iure compensationis consequi potest impensas quas fecit in re commodata. Resp. Hoc intelligendum est, quando commodator non agit ad speciem commodatam restituendam, sed ad æstimationem: vtputa si commodatarius rem commodatam deteriorauit, vel res commodato data æstimata est, & æstimationem se præstiturum recipit. l. si vt certo. §. commodatum. ꝛ Commo. Tunc enim cum non de specie, sed æstimatione agatur, & in pecuniam fiat condemnatio, rectè opponitur compensatio. d. l. in rebus. §. vlt. Pacius cent. 4. concil. quæst. 45.

Tertiò opponitur l. creditoris 15. §. si dominus. & l. is qui rem 59. ꝛ de furt. vbi dicitur quòd commodatarius possit retinere rem commodatam ob impensas, quas fecit in re commodata. Resp. Potest quidem commodatarius pignoris loco ob impensas retinere commodatam, sed illa retentio longè differt à compensatione: nam qui pignoris loco rem retinet, reddit, vbi debitor soluere paratus est. l. 6. §. 1. ꝛ. Qu. mo. pig. sol. Qui autem compensat, creditorem suum, eundemque peritorem submouet, vt rem suam non possit actione consequi. l. 2. ꝛ de comp. Pulchrè Ioan. Mercerus lib. 1. opin. c. 14. Gilb. Regius lib. 1. εναντιογαγον, cap. 8.

## ASSERTIO

## ASSERTIO XLIII.

*Speciei ad speciem, siue speciei ad quantitatem non admittitur compensatio.*

**C**ORPORIS certi ad aliud certum corpus non admittitur compensatio. Ratio est, ne creditor inuitus aliud pro alio accipere cogatur, l. 2. §. 1. ꝛ de reb. cred. Cum enim compensatio vicem solutionis obtineat, l. si debitor. ꝛ. Qui potest in pig. & in speciebus seu corporibus variet æstimatio, cadatque in eis affectio, cum fundus meus mihi fortè longè carior sit, quàm tibi tuus, non potest creditori, cui certus fundus debetur, obijci compensatio, quòd inuicem fundum alteri debeat, cum vna species propter inæqualitatem valoris & æstimationis, non fungatur vice alterius. Quinimò nec si ex altera parte debeatur species, & ex altera quantitas, de quantitate ad speciem admittitur compensatio. per l. si conuenerit 18. ꝛ de pig. act. tex. elegans in l. quod dicitur 18. ꝛ de imp. in res dot. vbi dicitur, absurdum esse diminutionem corporis propter pecuniam fieri.

Obijcitur l. fructus 7. §. ob donationes. ꝛ Sol. ma. vbi maritus potest fructus dotis cum corporibus à viro uxori donatis, & rebus per eam amotis compensare. Resp. Compensationis verbum generale est, vt aliquando retentionem quoque contineat. Sic quæ dicitur compensatio in l. in rebus. §. vlt. ꝛ Commo. appellatur retentio in l. creditoris 15. §. 1. l. si is qui 59. ꝛ de furt. Item in l. 1. C. de rei vx. act. Caterùm compensatio longè differt à retentione, quia compensatio extinguit obligationem ipso iure, & vsque ad concurrentes quantitates solutionem continet. Retentio verò pignoris loco est, vt tamdiu res apud creditorem maneat, donec illi satisfiat. d. l. quod dicitur. & l. in his 66. §. 1. ꝛ Sol. ma. vbi respondetur, tum demum in actione de dote veram compensationem fieri, si quantitas vtrinque debeat. Ergo compensationis nomine retentio intelligitur in



d. §. ob donationes, vt licet corporis ad quantitatem non fiat compensatio, retentio tamen fieri possit. Vt puta si mihi centum debeas, ego tibi fundum dare obligatus sum, si fundum petas, possum eum pignoris loco retinere, donec mihi soluas centum. l. si non sortem §. si centum. ff. de cond. inde. l. Iulianus. §. offerri. ff. de act. emp. Sicuti is qui captum ab hostibus redemit, iure pignoris eum retinere potest, donec pretium redemptionis soluat. l. Senatus. §. si. de lega. r. l. 2. C. de capt. & postl. reuer. Pet. Belloius in tracta. de compens.

Secundò obijcitur l. vlt. C. de compen. vbi dicitur, compensationem admitti etiam in actionibus in rem, atqui certissimum est corpora & species certas vendicari. Resp. Tum demum locus est compensationi in corporibus, cum corpora sunt ad estimationem redacta, hoc est, cum propter moram debitoris, speciebus extinctis, vel deterioratis, præstatur æstimatione, ita vt æstimationis cõcurrentes quantitates compensentur. Gl. in d. l. vlt.

ASSERTIO XLIV.

*Etiã litigiosum debitum venit in compensationem.*

**A**DMITTITUR etiam compensatio debiti, super quo lis contestata est, vt puta si quis debitum in iudicium deduxit per modum agendi, etiam lite pendente potest in alio iudicio idem debitum deducere per modum excipiendi ad compensandum, tex. est expressus in l. in compensationem §. ff. de compen. Ratio decidendi deprehenditur ex l. non solet §. 8. ff. de R. I. vbi pro regula traditur, quòd non debet deterior conditio eorum esse, qui licem contestati sunt, quam qui non sunt, sed plerumque melior. Nemo enim diligenter causam suam in iudicio persequendo, conditionem suam facit deteriorem.

Sed opponitur l. vbi, coepum §. ff. de iudic. vbi dicitur, si quis id quod in vno iudicio deduxit, opponat in alio, potest per exceptionem lris pendente repelli. Resp. Hoc est verum si actor quod vno iudicio petijt, vellet deducere in aliud iudicium

cium per modum agendi, & sic ad eundem finem, scilicet ad impugnandum, hoc facere non potest. At verò potest illud, quod per modum agendi propositum est, in modum defensionis & exceptionis allegari.

Secundò opponitur l. vlt. C. de compen. vbi dicitur, de debito non liquido non rectè posse opponi compensationem: atqui illiquidum videtur esse debitum, de quo adhuc sub indice lis est. Resp. Licet lis sit contestata, tamen intelligitur, quòd debitum erat liquidum, vel intra breue tempus liquidandum: alioqui non posset opponi compensatio.

ASSERTIO XLV.

*Quæ naturaliter tantum debentur, veniunt in compensationem.*

**H**IC est effectus naturalis debiti, vt licet non possit peti, tamen si quis conuentus sit super aliquo debito, cui vicissim actor aliquid debeat, saltem naturaliter, hoc debitum reus cum debito a se petito compensare possit. l. etiam §. ff. de compen.

Sed obijcitur l. 2. C. de compen. vbi dicitur, quòd si quis indebitè quid soluit ex causa iudicati, cum scilicet esset iniuste condemnatus, quo casu is qui indebitum accepit, obligatur naturaliter, quia cum iniuste condemnatus soluerit natura indebitum, is cui solutum est, natura debitor manet: & tamen si hic qui iniuste condemnatus soluit, conueniatur ex alia causa, non potest deducere in compensationem, quod ex iniusta sententia soluit, & sic quod sibi naturaliter debetur, non compensat. Resp. Quod dicitur naturalia debita venire in compensationem, cum tali restrictione accipiendum est, nisi ista debita possint aliqua exceptione elidi vel perimi: qualis est exceptio rei iudicata, præscriptionis, vel similis. l. quacunque §. ff. de compen. Sic cum quis iniuste condemnatus soluit, licet is cui solutum est, videatur hoc natura debere, ed quòd quæ indebita sunt naturaliter ex parte soluentis, fiant ex parte accipientis natura debita; tamen



tamen idem non compensatur hoc debitum, quia obstat soluenti exceptio rei iudicatae. Castren. ad d.l. etiam, & d.l. 2.

Secundo aduersatur l. creditores 10. de V.S. ubi dicitur, creditores non esse eos, quibus natura debetur, unde nec debitores sunt, qui natura tantum debent, ex natura correlatiuorum: & per consequens naturalia debita non compensantur. Resp. Debitores non sunt qui natura debent, nec creditores quibus natura debetur, quod ad potestatem, & exigendi facultatem attinet. Naturalia enim debita propter defectum civilis actionis peti non possunt. Alias etiam naturalia debita dicuntur abusuè & minus proprie debita, habentque certos in iure effectus, ut scilicet nouari & compensari possint, item ut pro naturali debito pignus & fideiussor rectè intercedat, & efficaciter obligetur. l. fideiussor 16. §. fideiussor. & de fideiuss. l. 1. & de noua. l. naturaliter 13. & de cond. inde.

Tertio opponitur hoc argumentum. Naturalia debita non rectè soluuntur, l. qui exceptionem 40. l. interdum 29. & de cond. inde. Ergo nec compensantur, quia compensatio loco solutionis cedit. l. 4. C. de compen. Resp. d.l. qui exceptionem, loquitur de naturali debito, quod per exceptionem perimitur, ut si mulier pro alio intercessit, & soluit, soluturi repetere potest, propter exceptionem Velleiani, qua naturalis & civilis obligatio, qua mulier tenebatur, perimitur. In d.l. interdum, agitur de pupillo, qui non est factus locupletior. Hic non obligatur naturaliter, & propterea etiam non rectè soluit, & si soluat, solutum repetere potest.

#### ASSERTIO XLVI.

*Tam morte mandantis, quam mandatarij soluitur mandatum, si adhuc res sit integra.*

**H**æc assertio expressè ponitur in l. inter causas 26. in princ. l. si quis alicui 27. §. morte. & Manda. §. item si adhuc. Inst. eo. Ratio est, quia voluntas hominis morte finitur, & homo mortuus velle definit. l. 4. & loca. Si tamen manda-

mandatarius ignorans mortem mandatoris, impleuit mandatum, utilitatis causa competit ei actio mandati, ne iusta & probabilis ignorantia illi damnum adferat. d.l. inter. in princ.

Obijciatur l. si verò 12. §. fin. cum l. seq. & Manda. ubi cum mandatum esset alicui, ut post mortem mandantis extrueret ei monumentum, vel fundum emeret post eius mortem, hoc mandatum non finitur morte mandantis. Resp. Hæc assertio locum habet quando mandatum & eius effectus conferuntur ad vitam mandantis: sin autem vtrunque post mortem conferatur, mandatum morte non finitur.

Verum grauitè cum hac solutione pugnat l. ult. in fin. & de solut. ubi traditur, quòd si creditor mandauit debitori suo, ut post mortem creditoris Titio solueret, & is post mortem mandantis Titio soluat, non liberatur. Resp. Ille tex. accipiendus est, quòd debitor cui mandatum erat, ut solueret Titio post mortem mandantis, non possit ei soluere post eius mortem, inuito scilicet mandatore, quia finita est voluntas. Sicut enim simplicia mandata sola morte mandatoris finiuntur, ita & mandata post mortem collata, finiuntur contraria voluntate mandantis. Ita Bart. notat d.l. ult. esse intelligendam. Idque euidentè confirmat antithesis, quæ inter duos casus proponitur in d.l. ult. Nam primò ponitur de eo, qui iussu creditoris stipulatus est sibi solui, huic rectè post mortem creditoris etiam inuito eo soluitur, quia ea lex fuit obligationis, & ex forma contractus ius quæsitum est procuratori, eò quòd sibi fuit stipulatus. Deinde subiungitur aduersariuè alter casus, quando simplex interuenit mandatum de soluendo alteri post mortem, hic non potest inuito mandatore mortuo soluere mandatarius, ei cui iussus erat, quia finita est voluntas domini, contraria eius voluntate.

Secundo aduersatur l. si quis mancipijs. §. si impubes. & de inst. act. ubi traditur, quòd per mortem domini, qui institorem præposuit suæ negotiationi, non reuocatur mandatum institutoris. Resp. Distinguendum esse inter procuratorem, & institorem. Mandatum procuratoris sola domini morte finitur. l. mandatum. C. Manda. Mandatum verò institutoris non extinguitur morte domini, qui eum præposuit mercaturis faciendis, sed durat.



rat, quamdiu non reuocatur institor ab heredibus. l. sed si. 11. § de inst. act. Speciale igitur hoc est in institore, vt morte domini mandatum eius non finiatur. Cuius specialis iuris ratio consistit in vtilitate commerciorum, quæ ad summam Reipub. pertinet, & priuatis magna adfert commoda. Vnde ne heredibus auferantur ingentia commoda, quæ ex actibus institorum ad dominos redeunt, non soluitur officium seu mandatum institoris, morte domini. Cuiac. in tracta. 8. ad Africa. ad l. eius. § de re. cred.

Tertio aduersatur l. cum pater 77. §. Mæuio. de leg. 2. vbi deciditur, quod mandatum donationis causa mortis, non finitur morte mandantis, si mandatarius ignorans mortem mandantis executus est mandatum. Resp. Quando mandatum fit in vita mandantis, sed effectus eius post mortem protrahitur, tunc morte mandantis non reuocatur, si mortem ignorauit mandatarius. Bart. ad d. §. Mæuio.

ASSERTIO XLVII.

Ex ratihabitione nascitur actio mandati.

Ex ratihabitione mandati actio generatur, illeque qui ratum habet, mandati actione obstringitur. l. semper 60. § de R. I.

Sed obijcitur, quod decidum est a I.C. si quis aliena gerat negotia, vt si quis Titij debitores extra iudicium admoneat, ijque gestori soluant, & Titius hoc deinde ratum habeat, negotia Titij gesta esse dicuntur, ideoque Titio competit post ratihabitionem negotiorum gestorum actio. l. si pupilli 61. §. item queritur, & l. Pomponius 9. §. de neg. gest. Similiter et qui pro absente debitore fideiussit, ratum debitore habente, datur fideiussori contra eum negotiorum gestorum actio. l. ex mandato 20. §. de neg. gest. Distinguendum ex communis sententia DD. Aut quis gessit negotia absentis domini nullo mandato precedente, & tunc non mandati, sed negotiorum gestorum actio competit. Aut negotium gestum est presente domino, & tunc

& tunc si id ei vtile est, ex sola presentia datur mandati actio l. qui patitur 18. & l. qui fide 53. §. Manda. Peck. ad c. ratihabitionem. de R. I. in 6.

Aliter etiam potest responderi hoc modo, quod si quis pro absente fideiussit, vel negotia eius gessit, eo absente, & sine eius mandato expresso vel tacito, & sine ratificatione, tunc competit actio negotiorum gestorum. d. l. ex mandato. At verò si quis pro absente fideiussit, vel negotia eius gessit, qui deinde vbi rescit, ratum habuit, is merito tenetur actione mandati, cuius instar habetur ratihabitione. l. licet. §. de iudic. l. vlt. C. Ad S. C. Maced.

Sed contra hanc solutionem instatur ex l. Pomponius 9. §. de neg. gest. vbi dicitur, post ratihabitionem competere negotiorum gestorum actionem. Resp. Ibi I.C. loquitur de negotio gesto, quod vtiunque sit ratificatum, mandati tamen actio non sufficeret. Quo casu necessitas iuris exigit negotiorum gestorum actionem dari.

ASSERTIO XLVIII.

Ratihabitione retrotrahitur, & mandato comparatur.

Hæc assertio inter regulas Iuris relata est in l. semper 60. §. de R. I. & l. hoc iure 13. §. in maleficio. §. de R. I. & expressè in iisdem verbis ponitur in c. ratihabitionem. de R. I. in 6. Vnde qui negotium gestum ex post facto ratificat & approbat, ad tempus actus seu negotij gesti hæc ratihabitione retrotrahitur, & perinde obligatur ratum habens, atque si tempore negotij gesti vel fecisset illud, vel fieri mandasset.

Obijcitur primò, quod Vlpian. respondit in l. quid ergo 13. in princ. §. de his qui no. infam. Quod si pater mandauit filio, vt ducat viduam intra annum lucrus, quod notetur infamia, sed si ratas habeat eiusmodi nuptias, pater non fit infamis. Resp. Idè ibi ratihabitione non comparatur mandato, quia nostro nomine negotium non est gestum: quod autem nostro nomine non gessit, ratum à nobis haberi non potest. c. ratum. de R. I. in 6.

Nuptiar



Nuptiæ verò illæ, de quibus dictum est, nomine patris non sunt contractæ, sed filij. Peck. in d.c. ratihabitionem.

Secundò aduersatur quod Africanus respondit in l. bonorum. ¶ Rem ra. hab. quod bonorum possessio à procuratore agnita, & à domino ratihabitione cõfirmata, viribus caret. Resp. Ea ratihabitione propterea non valet, quia interposita est post tempus petendæ bonorum possessionis elapsum. Vt enim ratihabitione confirmet negotium antecedens, debet interponi intra illud tempus, quo actus expediri potuit.

Tertiò obstat, quod Caius ait, ratihabitionem tutoris, de ijs quæ per pupillum gesta sunt, mandato non comparari. l. obligari. ¶ de auth. tuto. sicut & alibi dicitur, quòd mandare possit pater filio vt adeat hereditatem, sed ratum habere non potest. l. si quis mihi 25. §. iussum. ¶ de acq. H. Resp. In illis negotijs mandatum & auctoritas pro forma actus à lege requiritur, quo casu ratihabitione non exæquatur mandato. §. tutor. Inst. de auct. tut.

Quartò & vltimò obstat, quod apud Iulianum responsum est in l. si pupilli. §. sed si ego. ¶ de N. G. si seruum non necessarium emerò filio tuo, & tu ratum habueris, nihil agi ratihabitione. Resp. Idèd ex ea ratihabitione non datur actio contra ratum habentem, quia eius contemplatione nihil gestum est. Ratum enim quis habere non potest, quod suo nomine non est gestum. l. si seruus 13. ¶ de preca. Aliter Cuiac. respondet, qui vult, illum text. ita intelligendum, non quod omninò nihil agatur, sed quòd ratihabitione pater non obligetur in solidum, sed tantum quatenus ex negotio gesto factus est locupletior. Cuiac. ad l. si eum seruum. ¶ de re. cred. in tract. ad African.

ASSERTIO

ASSERTIO XLIX.

*Societas soluitur morte, heresque socij in societate non succedit.*

**T**ERTIUS sunt in §. soluitur. Inst. de societ. l. actione 65. §. morte. ¶ eo. Ratio est, quia in societate certa eligitur persona, certique hominis fides & industria in eligendo socio spectatur. d. §. soluitur. Sæpè enim accidit, vt heres non tam sit idoneus societati, atque defunctus socius. Adèd autem morte soluitur societas, vt nec pacisci ab initio possimus, vt heres in societatem succedat. l. nemo potest 35. l. adèd 59. ¶ eo.

Cui obstat videtur l. verum 63. §. in heredem. ¶ eo. & d. §. morte. quæ apertè ostendunt, pacto societatem ad heredes posse extendi. Resp. Aut agitur de societate priuata, quæ inter duos pluresve negotiatores lucri causa contrahitur, & in hac societate non valet pactum, vt societas ad heredes extendatur, d. l. adèd. Aut de publica societate vectigalium exercendorum agitur, & hæc societas pacto rectè ad heredes porrigitur, d. §. in heredem. Valet autem in hac societate hoc pactum, tum propter negotij magnitudinem, variòsque tractatus, tum ne dissoluta societate publica locatio damnum faciat.

Secundò obijcitur d. l. actione §. i. & §. item si alicuius 9. vbi etiam transit societas ad heredes socij. Facti species talis proponitur. Contracta est societas inter duos emendorum equorù, & dum vnus peregrè proficiscitur ad emendos equos, alter qui domi mansit, priusquam equi emerentur, mortuus est: hoc casu societas finita non censetur, sed lucrum post socij mortem ex negotiatione equorum perceptum, cum herede eius communicabitur. Resp. Societas quidem morte socij finitur, sed tamen actio pro socio non finitur. Vnde tenetur socius quæ sita post mortem socij communicare, si modò rebus adhuc integris manentibus, ignorauit cum esse mortuum: secus si sciuit. d. §. item si alicuius. & d. §. in heredem. Similiter quoad negotia quæ incepta sunt geri, manet societas inter superstitem socium,



socium, & heredem socij, vt scilicet lucrum & damnum quod dependet ex antegesto, cum herede in commune conferatur. l. heres 40. ff. eo. d. §. morte.

Tertio obijcitur, quod dicitur in perpetuum coiri societatem posse. l. 1. ff. Pro soc. Resp. Perpetuum non aeternitatem significat, cum nulla societatis in aeternum sit coitio. l. nulla ff. Pro soc. sed dum viuunt socij, vt IC. interpretatur in d. l. 1.

ASSERTIO L.

*Arbitrio collato in aliquem tertium, viri boni arbitrium electum censetur.*

**I**n hac controuersa quaestione, qua tractatur, quando tertij arbitrio aliquid committitur, an tunc eius arbitrio standum sit, an verò recurratur ad arbitrium boni viri, hæc probabilior est sententia, quòd viri boni arbitrium sit comprehensum, etsi nominatim certa persona sit designata, cuius arbitrio fiat. Quæ sententia non solum in contractibus, sed etiam in vltimis voluntatibus procedit. De contractibus textus sunt expressi in l. societatem. 76. cum ll. seq. ff. Pro soc. Idem in legatis obtinet: nam si alicui ex pluribus rebus optio sit legata, arbitrio Titij, si Titius non arbitretur, legatario competit electio, secundum viri boni arbitrium. l. vlt. §. sed etsi quis. C. Com. de lega. Et generaliter traditur in l. 1. de leg. 2. in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum, pro viri boni arbitrio accipi.

Obijcitur l. 6. ff. de cond. & dem. vbi testator iussit sibi monumentum fieri ab herede, arbitrio Titij, adiecta poena, nisi heres faciat: & deciditur, Titio non arbitrante, poenam non committi ab herede. Itaque hoc casu quoad poenæ commissionem, à persona Titij non receditur, neque recurritur ad viri boni arbitrium. Resp. Quando heres iussus est facere monumentum arbitrio Titij, sub certa poena, tenetur heres nihilominus facere monumentum secundum dignitatem & facultates testatoris: sed tamen multa non committitur, si Titius arbitrari nolit, aut non possit. l. in testamento 27. ff. de cond. & dem. Idque speciali

speciali ratione receptum est, quòd strictè accipiantur poenæ in testamentis, vnde & legata poenæ causa relicta iure veteri non subsistebant.

Secundò obijcitur l. si coita 75. ff. Pro soc. vbi dicitur, si societas contracta sit ex partibus, quas Titius arbitratus fuerit, si Titius non arbitretur, quòd societas nihil valet. Similiter in l. si merces 25. ff. loca. & l. vlt. C. de con. emp. statuitur, si venditio vel locatio sit contracta, quanti Titius arbitratus fuerit, Titio non arbitrante, nihil actum censerit. Resp. sub distinctione, Aut tertius, in cuius arbitrium contractus collatus est, nihil est arbitratus, & tunc quasi defecta conditione nihil actum censetur. Aut aliquid arbitratus est, sed iniquius: & hoc casu valet quidem contractus, sed iudex iniquitatem arbitrij in melius reformabit, & ad æquitatem rediget. l. vnde si Neruæ 79. ff. Pro soc. Ratio diuersitatis est, quia quando arbiter aliquid est arbitratus, sed iniquus, iam conditio sub qua stabat contractus, purificata est, & ex contractu nata est obligatio & actio, cui potest iudicis officium deseruire, reducendo ad arbitrium boni viri. Sed quando nihil omninò arbitratus est, nulla nata est obligatio vel actio, cui viri boni vel iudicis arbitrium possit accedere in corrigenda iniquitate. Porro hæc iniquitas corrigitur non solum in bonæ fidei, sed etiam in strictis iudicijs, propter verisimilem contrahentium voluntatem, cuius in omni iudicio habetur ratio. l. si libertus iurauerit, ff. de op. liber. Idem probat l. in proposita 78. ff. Pro soc. in verb. eò magis, quòd iudicium pro socio bonæ fidei est, quasi dicat, idem statuendum esse, si esset stricti iuris. Ita not. Bart. in d. l. societatem 76. §. arbitrorum.

Tertio obijcitur l. vlt. C. de con. emp. vbi deciditur, si venditio collata est in arbitrium Titij, & ille pretium definierit, omnimodò secundum eius æstimationem pretium persolui, & venditionem ad effectum peruenire: Itaque siue Titius æquum, siue iniquum statuerit precium, standum est eius arbitrio, neque recurri poterit ad arbitrium boni viri. Resp. Eius legis hæc est sententia, quòd si Titius, cuius arbitrium in venditione comprehensum est, pretium rei venalis, siue minoris æstimaauerit, siue pluris, quam alij vulgò facerent, eius æstimationi omninò standum



standum est. Si tamen rem maioris pretij aestimet longè minoris, videlicet infra dimidium iusti pretij, huiusmodi iniqua emtio rescinderetur, sicut si venditor rem ita nullo arbitrante vendidisset, venditio rescinderetur, per l. 2. C. de resc. vend. Neque d. l. vlt. aduersatur, quia constitutiones generales iuris communis, speciales exceptiones alibi traditas non excludunt, iuxta regulam iuris, quòd in toto iure generi per speciem derogatur. l. in toto. de R. I. Donec ad l. si arbitrati 43. §. de V. O. num. 19.

ASSERTIO LI.

*Socius socio tenetur tantum in id, quod facere potest.*

**S**i quis cum socio agat iudicio societatis, non plus consequitur, quam aduersarius eius facere potest. Non enim totum quòd habet, ab eo extorquendum est, sed & ipsius ratio habenda est, ne egeat, hoc est, eatenus exigendum est ab eo debitum ex societate, vt alimenta deducere possit. §. vlt. Inst. de act. l. sunt qui 16. §. de re iud. l. in condemnatione. de R. I.

Sed an hoc etiam beneficium detur vnus certæ rei, vel particularis negotiationis socio, non satis inter ipsos IC<sup>os</sup> conuenit. Nam in d. l. sunt qui, statuit Vlpianus, omnium bonorum socijs hoc privilegium competere. Contra Vlpianus in l. verum 63. etiam vnus rei socium hoc beneficio gaudere affirmat, vt in id tantum quod facere possit, condemnetur. Hæc loca ita concilianda sunt, quasi suppleat Vlpianus in d. l. verum, quod in d. l. 16. ommissum est, ac vterque locus coniungendus est, perinde ac si ita scripsisset Vlpianus, Socium omnium bonorum accipere debemus, Sed & si vnus rei socij sint, verum est eos conueniri, quatenus facere possunt. Duare. ad d. l. 16. Idque euidenter probat ratio ab Vlpiano in d. l. verum, subiecta: vbi dicitur, id summam rationem habere, quia societasius quodammodo fraternitatis in se habet. Quæ ratio cum tam in socio particularis negotiationis, quam vniuersorum bonorum locum habeat, meritò hoc privilegium vtrisque socijs tribuendum est.

ASSERTIO LII.

*In pretio emtionis naturaliter licet contrahentibus se circumuenire.*

**E**st commerciorum ratio, & emtionis qualitas & conditio, vt quod plus est, minoris emere, quod minoris est, plus vendere permissum sit: naturaliter enim, id est, ex iure gentium, & natura contractus, possunt contrahentes se in pretio emtionis circumuenire. l. in causa 16. §. vlt. §. de minor. l. item si 22. §. vlt. §. loca. l. si voluntate. C. de resc. vend. Quæ circumscriptio hoc modo intelligenda est, quòd pro communi negotiatorum more, & ex emendi vendendique licitatione sit receptum, vt emtor quam minimo emat, venditor quam plurimo vendat: hic enim omnium animus est vili emere, care vendere, vt Mimus dicebat, quilibet namque lucri sui causa hunc contractum suscipit. Et hoc est quod dicitur, naturaliter licere se in pretio circumuenire, nam naturalis ratio in hoc contractu quaestum, id est, inæqualitatem approbat: si tamen sit tolerabilis. d. l. si voluntate. Porro ita demum admittitur hæc læsio seu circumscriptio pretij, si dolus absit. Si enim probari possit, quòd deceptio pretij ex dolo contrahentium proficiscatur, rescindetur venditio, l. si quis affirmauerit §. de dolo. l. & idem 23. §. loca. Male ergo & imperite vulgo ex hoc loco colligitur, quòd leges dolum & deceptionem permittant, cum nihil magis quam fallere & decipere alium, à viro bono sit alienum. Deceptio namque & circumuentio hic non pro fraudulento venditoris consilio, quod fit ex proposito, intelligi debet: sed pro læsione, quæ re ipsa fit, & incuria contrahentium. Nam si interueniat euidentis venditoris vel emtoris dolus, redditur contractus venditionis tanquam bonæ fidei, ipso iure nullus. l. si dolo. C. de resc. vend. Old. cl. 4. ad. r. Cuiac. ad No. 97. in fine.



ASSERTIO LIII.

*Dissensus in materia vitiat emtionem, pignus & stipulationem non item.*

**S**I in emtione contrahentes errauerint in materia, licet in corpore consenserint, emtio ipso iure nulla est: vti æs pro auro, stannum pro argento vaneat. l. in venditionibus 9. §. de con. emp. & conditione indebiti vel sine causa, pretium quod soluit emtor, repetere potest. l. suæ rei. l. domum. l. cum ab eo. §. vlt. de con. emp. Diuersum obtinet in stipulatione vel pignore, qui contractus nõ vitiantur, licet error in substantia vel materia interueniat. l. si id quod 22. §. de ver. obl. l. r. §. de pig. act. Ratio diuersitatis est, quod nihil superesset in obligatione, si diceremus pignus vel stipulationem nullam esse, vbi æs pro auro promissum vel oppignoratam esset. Itaque creditoris & stipulatoris interest, saltem illud corpus, quale quale sit, deberi: & sic æs saltem in obligatione venire: attenta insuper hac ratione, quod nihil ex horum parte interdum in his contractibus interueniat. Alia ratio est in emtione, quia cum emtor vicissim obligetur ad pretium dandum, idèd eius potius interest, ne villo modo in ære consistat obligatio, quod pro auro venditum est, quàm si æs data ingenti pecunia compareret pro auro.

Sed in hoc enunciata duo contraria I C<sup>torum</sup> responsa occurrunt. Nam in l. quod tamen 14. §. de con. emp. Ulpianus respondit, si inauratum vel inargentatum aliquid vaneat pro auro siue argenteo, valere venditionem, idèd quod non erretur omninò in materia, est enim in eo auri vel argenti aliquid. Contra in l. 41. §. vlt. §. eo. affirmatur, non valere venditionem, si mensa argento cooperta vaneat pro argentea. Accur. in d. §. vlt. ait actum fuisse, vt solida mensa esset ex argento: ait enim lex pro solida. Quæ solutio non placet, nam & vas inargentatum dum vanit, pro solido vanit, idque pro cauto semper habetur. l. 3. §. de re. cred. Cuiac. rectè censet inaurata siue inargentata separanda esse ab ijs, quæ auro siue argento cooperta sunt. Mensæ

Mensæ aneæ inargentatæ vel inauratæ argentum siue aurum inest: argento siue auro mensæ coopertæ argentum siue aurum non inest: siut vestis qua homo coopерitur & tegitur, non est materia hominis. Lamina argentea, qua mensa cooperta est, quasi vestis est mensæ. Cuiac. ad d. l. si id quod, & lib. Obs. 2. c. 4.

Secundò obijcitur l. Labeo 45. §. de con. emp. vbi in materia est erratum, & tamen valet emtio, quia venditor qui vas aurichalcum pro auro vendidit, tenetur, vt aurum quod vendidit, præstet actione ex emto. Resp. Ex eo quod dicitur, actionem ex emto dari decepto, non sequitur valere emtionem: nam actio ex emto datur etiam emtori ad id quod interest, licet nulla sit emtio. l. qui officij 62. §. 1. §. eo. vbi qui ignorans emit rem sacram pro prophana, agit ad interesse, licet emtio nulla sit. Itaque emtori non dabitur hoc casu actio ad rem emtam, sed ad interesse.

ASSERTIO LIV.

*Emtione perfecta, ne quidem cum arrharum dispendio ab ea recedere licet.*

**G**RAVIS est quaestio, an ab emtione perfecta contrahentes solius arrhæ iactura possint recedere, & verior est sententia, emtione per conuentionem absoluta, si alterutrum contrahentium poeniteat, minimè ab ea recedere licere, ne quidem cum arrharum dispendio, sed præter amissionem vel restitutionem arrhæ, ad implementum contractus agendum est. l. 2. C. Quan. lic. ab emp. rec. Wesem. in para. de cont. emp. num. 9. Itaque emtor si recusat implere contractum, perdit arrham, & insuper ad solutionem precij tenetur. l. de lege. l. vlt. §. de l. commif. Venditor verò si nolit rem venditam tradere, duplicatam arrham restituere compellitur, & præterea ad tradendum vel præstandum id quod interest, cogi potest actione ex emto. l. 1. & l. prædia 28. §. de act. emp. Conuincitur hæc conclusio ex eo, quod arrhæ datio in emtione adhibetur, quo magis corroboraretur contractus: arrha enim à Græco vocabulo ἀρραβὲς dicta est, quod validum & firmum significat. Vt enim stipulatio, ita



tio, ita & arrha firmandarum obligationum gratia interueniente, quo perfectam & validam esse emtionem euidentius probari possit, l. quod sepe 33. ff. de con. emp. Ergo si a perfecta nudo consensu emtione recedere non licet, neque partibus poenitere est integrum: nisi simul id quod interest aduersarij praestetur. l. sicut. C. de obl. & act. multo minus licebit a perfecta emtione discedere, si non tantum nudo consensu, sed praeterea arrhae datione firmata est. Quae enim ad augendum inducta sunt, non debent diminutionem operari. l. legata inutiliter. ff. de leg. 1.

Nec quicquam adiuuat contrariam sententiam l. contractus. C. de fid. inst. & h. 1. Inst. de emp. & vend. Ex quibus locis quidam colligunt, interueniente arrha posse contrahentes inuita etiam altera parte, sola amissione arrharum, ab emtione recedere. Quod enim ibi dicitur de amissione arrharum, intelligi debet de contractu imperfecto, ut puta si emtio in scriptura celebrata sit, quae nondum a contrahentibus subscripta, vel a tabellione in mundum redacta est, quae emtio adhuc imperfecta est: hoc ergo demum casu sola arrharum iactura licet ab emtione recedere. Quod probatur ex disertis verbis d. h. 1. ubi dicitur, donec aliquid ex his deest, poenitentiae locus est, & potest emtor vel venditor sine poena recedere ab emtione, ita tamen nisi arrha data sit. Quae sane verba arguunt ibi de contractu imperfecto agi, praesertim cum addantur nominatim haec verba: *Is qui recusat implere contractum*, quod certe contractus imperfecti est. Adde, quod in d. l. contractus, expresse dicitur, Qui vendere pollicitus est, venditionem recusans, in duplum arrhas reddere cogitur. Itaque quousque complementum non accesserit emtioni, licebit ab ea discedere sola arrharum iactura. Ea quae fuit sententia Bulgari & Iohannis magis approbata. Azo in sum. C. de con. emp. Quorum sententiam sequitur Bald. in d. l. contractus, & Bart. in l. 1. ff. de publica. Old. cl. 4. act. 2. qui notat hanc esse veriore opinionem, contra communem, quod venditor non perficiens venditionem, ultra arrhas teneatur ad interesse.

ASSERTIO

ASSERTIO LV.

*Perfecta emtione, quod sit simulatque de merce & pretio conuenit, periculum rei vendita statim ad emtorem pertinet: contra Cuiacium.*

**T**RADITUR haec conclusio in §. cum autem. Inst. de emp. & vend. & l. necessariò. ff. de peri. & com. rei vend. Vnde si aedes venditae ante traditionem casu fortuito conflagrauerint, hoc periculo emtoris cedit, & nihilominus cogitur pretium soluere. d. §. cum autem, & ibi Wesem. Quae regula duabus firmissimis rationibus fundata est, primò quia debitor speciei liberatur interitu rei, qui ante moram sine culpa eius contingit, licet res necdum tradita sit. l. si ex legati 23. ff. de V. O. Itaque cum res vendita interijt casu fortuito, liberatus est ab eius praestatione venditor, tanquam speciei seu certae mercis debitor, & res perijt periculo emtoris, tanquam creditoris. Altera ratio est, quod aequum sit ad eum spectare incommoda, qui sentit commoda. l. 10. ff. de R. I. Itaque cum venditor percipiat commoda rei venditae, quae ante traditionem accesserunt, veluti si ager alluione excreuit; rationi consentaneum est, ut pericula & incommoda quoque sustineat. l. 1. C. de peri. & com. rei ven.

Sed huic assertioni vehementer refragatur responsum Africani in l. si fundus 33. ff. loca. ubi dicitur, si fundus venditus ante traditionem publicatus sit, quod periculum ad venditorem pertineat, & pretium emtori vel restituere vel remittere cogatur. Cuiac. in tract. ad Africa. ad d. l. si fundus. & Azo in l. Lucius. ff. de euct. tali distinctione hanc antinomiam conciliant, quod si fundus ante traditionem publicatus vel peremptus sit, tunc periculum sustineat venditor, & emtori actio competat contra venditorem, ut pretium reddat vel remittat, & de fundo ante traditionem publicato respondisse aiunt Africanum in d. l. si fundus: Si verò post traditionem publicatus fuerit, periculum ad emtorem pertineat, & de fundo post traditionem publicato

D d

tractare



tractare voluit Paulum in d.l. Lucius. Verum hæc distinctio contra indubitam iuris regulam, traditam in d. §. cum autem, extracta est: Itaque ne contra certissima iuris principia quicquam adstruatur, conuenientius est cum Antonio Fabio hanc pugnam tali distinctione componere. Aut fundus venditus ita peremptus est, vt omnino in rerum natura esse defierit, vt in exemplis d. §. cum autem, apparet: & tunc periculum est emtoris, quia res præstari non potest, quæ non est in rerum natura, & emtor sibi imputet, quod rem statim non sit nactus post emtionem. Aut res vendita præstari potest per rerum naturam, vt si fundus est publicatus, vel seruus subtractus, & tunc venditor non liberatur, nisi actiones suas præstet. Quod si nullas habeat, quas in emtorem transferre possit, vtputa si rem alienam, quæ furto subtracta est, vendidit, aut fundus venditus publicatus est, tenetur saltem ad restitutionem pretij, quod non præstet eam rem, quam per rerum naturam præstare potest, si fortè aut rem alienam emere, aut fundi publicati pretium, ijs quibus assignatus est, præstare velit. l. quod sæpe 35. §. si res vendita, ¶ de con. emp. Fab. lib. 2. coniect. c. 4.

Secundò obijcitur huic decisioni l. lectos, cum ll. seqq. ¶ de peri. & com. rei vend. vbi dicitur, si lectos venditos, cum fortè in via publica positi essent, concidit adilis, periculum esse venditoris, ante traditionem. Resp. Ibi non casu fortuito, sed propter imprudentiam & incuriam venditoris lecti sunt concisi, qui eos cum impedimento vsus publici in via publica collocauit. Ideoque periculum merito ad eum pertinet, vt potè cum eius facto & culpa interitus contingat.

Tertiò aduersatur l. quod si neque. §. i. ¶ de peri. & com. rei vend. vbi dicitur, si materia vendita ante traditionem furto perierit, periculum esse venditoris. Resp. Ibi non certa species vendita fuit, sed genus, puta ligna vel trabes. Atqui quando non species sed genus venditur, veluti bos, equus, tunc ante traditionem perimitur res vendita venditori, quia genus perire non potest. l. in ratione 30. §. verum. ¶ ad l. Falcid.

ASSERTIO

ASSERTIO LVI.

*Vino certo in specie vendito, periculum statim emtorem respicit, nisi id actum sit, vt degustetur.*

**I**n rebus quæ degustari solent, periculum vsque ad degustationis diem, sustinet venditor. Si tamen certum vinum venditum est in specie, puta omne vinum quod in dolio vel in amphora est, statim periculum emtorem respicit, nisi ita venierit, vt degustetur. l. i. & 4. ¶ de peri. & com. rei vend. vel nisi quid de bonitate vini venditor affirmavit, aut denique nisi sciuit bonitatem vini non duraturam, l. si vina 15. ¶ d. tit. Hæc est Azonis sententia legibus maximè consentanea, quam approbant Accur. & Baro ad §. pen. Inst. de emp. & vend. & in manual. ad tit. de peri. & com. rei vend.

Non obstat l. i. vers. sed etsi. ¶ de peri. & com. rei vend. vbi in hæc verba loquitur IC. Si non sint degustata, signata tamen ab emtore vasa, periculum esse venditoris: vbi vinum in specie venditum erat, quia certa vasa signata sunt, & tamen vsque ad degustationem periculum spectat ad venditorem. Nam hoc intelligendum est in terminis istius casus, qui ab initio à IC<sup>is</sup> propositus est: nimirum quando cõuenit simpliciter, vt periculum esset venditoris, neque tamen tempus appositum est, quoufque periculum sustineat venditor: hoc casu tempus degustationis obseruandum est, vt eousque periculum sustineat venditor. Costal. ad d. l. i.

ASSERTIO LVII.

*Venditor si facultatem habet rei tradenda, præcisè cogi potest ad tradendum.*

**I**n actione empti ad hoc tenetur venditor, vt si tradendi facultatem habeat, præcisè cogatur rem emtori tradere. l. ex emto 11. ¶ de act. emp. vbi dicitur, venditorem imprimis rem ipsam tradere, id est, præstare oportet, imò manu militari

Dd 2

ab eo



ab eo auferri potest, vt notat Castr. ad l. 1. ꝛ de act. emp. probatur hæc decisio quoque aperto & inconuincibili textu, in §. perficiuntur. Inst. de dona. vbi Imp. sanciuuit, quòd donatio ad exemplum venditionis habeat necessitatem tradendi.

Obstat l. 1. ꝛ de act. emp. vbi dicitur, si res vendita non tradatur, ad interesse agi, vnde venditor præstando interesse liberatur. Respondendum, quando non interest emtoris rem tradi, vt si mora commissa sit, & ita occasio benè vtendi re emta perierit emtori, tunc in arbitrio emtoris est agere ad interesse. Duarenus verò respondet, istam legem, & similes quæ de interesse loquuntur, intelligendas esse, quando venditor non habet facultatem rei tradendæ; Itaque si habet copiam rei tradendæ, præcisè tenetur tradere; sin minus, ad id quod interest, tenetur. Hæc est opinio Martini in d. l. 1. & l. si traditio, C. eo. vbi additio ad Glor. dicit hanc esse communem omnium penè DD. distinctionem.

Secundò obijcitur l. si iactum. ꝛ de act. emp. vbi dicitur, si venditor, qui iactum retis vendidit, pisces captos reddere nolit, æstimari debet id, quod extraxit. Ergo venditor non tenetur tradere, sed præstando interesse liberatur. Resp. Dicendum, quòd ibi non res certa, sed factum potius venditum est. Nam cum facta ferè omnia sint incerta, ista decisio, qua traditur venditorem præcisè teneri rem venditam tradere, limitatur, nisi vendatur aliquid incertum, cõsistens in spe, & pendens à futuro euentu, nam spe deducta ad certitudinem, & verificata, qui vendidit, & habet facultatem rei tradendæ, non præcisè cogitur tradere, sed liberatur præstando æstimationem, & sic interesse. Ita Alex. Iason, & communiter DD. accipiunt d. l. si iactum.

Tertiò aduersatur, quòd in obligationibus facti sufficit præstare id quod interest. l. 72. §. vlt. ꝛ de V. O. l. si quis ab alio. §. vlt. ꝛ de re iud. Sed venditor ad factum tenetur, nempe ad rem tradendam. l. 4. ꝛ de vsur. l. si rem tradi 28. ꝛ de V. O. Ergo præstando interesse liberatur, neque præcisè tenetur rem venditam emtori præstare. Resp. Traditio ad quam venditor tenetur, non est res meri facti, quia habet in se inclusam dationem, & venditor non solum tenetur ad tradendum, sed etiam ad dandum, id est,

id est, transferendum dominium. l. ex emto 11. ꝛ de act. emp. l. eum manu fata. ꝛ de con. emp. Ergo cum venditor ad dandum quoque sit obligatus, si rem habet, & potest eam præstare, cogitur præcisè eam præstare, quia hæc est natura obligationum dandi, vt omnimodò detur, id est, dominium transferatur in stipulatorem, l. vbi autem 75. §. vlt. ꝛ de V. O.

## ASSERTIO LVIII.

*Remedium l. 2. C. de rescin. vend. non habet locum in transactione.*

**P**ROBATVR hæc decisio in l. Lucius 78. §. vlt. ꝛ ad S. C. Treb. vbi deciditur, quòd si heres rogatus restituere hereditatem, quadruplo minus restituat, quàm verè in hereditate extabat, ad restituendum quod amplius est in hereditate non tenetur, si de restitutione hereditatis transactum est. Ratio decidendi est, quia transactiones sicut pacta sunt stricti iuris. arg. l. 7. §. quinimò, & ibi Gl. l. si vnus 27. §. ante omnia. ꝛ de pact. Atqui remedium l. 2. in contractibus bonæ fidei tantum locum habet.

Sed obijcitur l. 2. §. 1. ꝛ de transac. vbi deciditur, si transactum sit de fideicommissò, posse nihilominus transigentè consequi, quanto minus ex fideicommissò consecutus erat. Resp. Generaliter verum est, si quis minus, quàm sibi debebatur ex fideicommissò, per transactionem accepit, nõ posse eum à transactione recedere, si fortasse postea constitit ex repertis instrumentis, maiorem quantitatem bonorum per fideicommissum ei relictam esse, quàm heres indicauit. Verùm à generali hæc assertio excipitur iste casus, nisi ex codicillis postea repertis apparebat, maiorem quantitatem bonorum fideicommissario fuisse relictam, isque huius rei ignarus transigit, modica quantitate fideicommissi sibi testamento relictæ contentus. Ratio est, quia de controuersijs quæ ex testamento proficiscuntur, transigi aliter non potest, quàm inspectis cognitisque verbis testamenti. l. 6. ꝛ de trans. Ex quo sequitur, transactione super testamento,



nondum prolatis codicillis, interposita, restitutionem fideicommissi in codicillis relicti non impediri, quia codicilli testamenti pars esse censentur. l. pen. ff. Test. qu. ap. l. quidam ff. de l. cod. Atqui testamentum nec legitime aperiri, nec exhiberi censetur, nisi totum videatur. Ita eleganter tradit Forner. lib. 2. elect. c. 9.

Secundo grauius aduersatur l. si quis cum aliter 36. ff. de V. O. vbi dicitur, si stipulatoris dolo promissor inductus est ad promittendum, vel etiam si res ipsa in se dolum habeat, hoc est, si grauius & enormiter promissor sit laesus ex stipulatione, quod competat ei exceptio doli. Ex qua l. colligunt communiter DD. quod & si alteruter transigentium laesus sit ultra dimidium iusti precij, quod remedio d. l. 2. ei subueniatur. Resp. Haec exceptio doli longe distat a remedio d. l. 2. quia competit tantum promissori, re integra, dum ex sua promissione conuenitur. Caeterum remedium d. l. 2. locum habet etiam contractum impleto, & datur ad contractum rescindendum, re promissa soluta & tradita.

Tertio repugnat l. si superstiti 3. C. de dolo. vbi dicitur, quod si filia immodice laesa est ex transactione inita cum patre, quod restitutio ei contra patrem competat. Resp. Ideo filia ibi ob immodicam laesionem ex transactione restituitur, quia minor erat xxv. annis. Nam minores xxv. annis laesi in transactione, propter aetatis auxilium restituntur; maiores vero non item. toto tit. C. Si adu. transf. Not. Wesem. in parat. de transf. Vel potius dicendum, quod ibi dolus interuenit praeter immodicam laesionem. Sola enim laesio immodica non praestat actionem doli. Unde non propter immodicam laesionem, sed dolum, ibi rescinditur transactio. Quod etiam ex eo probatur, dum ob paternam verecundiam ibi denegatur filiae actio de dolo, ergo contra alias personas extraneas dabitur: quae tamen actio non competit, nisi interueniente vero dolo.

Ultimo obijcitur l. in summa 65. §. 1. ff. de cond. inde. vbi dicitur, si in transactione euidentis calumnia detegatur, & transactio imperfecta est, & repetitio datur. Hinc colligit Bart. remedio l. 2. C. de resc. vend. locum esse; si in transactione quis laesus sit ultra dimidium. Nam ex hac laesione detegitur euidentis

dens calumnia. per l. si quis cum aliter 36. ff. de V. O. vbi ista laesio immodica dolo aequiparatur. Resp. locus ille non probat necessario opinionem Bartoli, nam Bart. loquitur in terminis affirmationis dubij euentus litis, considerando, quod pro iure vel euentu causae seu litis, duplo maior quae ritas parti laesae daretur. Sed hic nulla suberit lis vel litis suspicio. Nam illa est huiusmodi sententia, quod transactio valet, et si de praesenti non fuerit lis, si modo lis aliqua timeatur. l. 2. C. de transf. Sin autem euidentis calumnia est, hoc est, si neque de praesenti lis est, neque lis vlla in futurum timeri possit, tunc transactio est imperfecta. l. 23. C. de transac. l. 6. C. de iu. & fact. igno.

## ASSERTIO LIX.

*Ius accrescendi non transit in emtorem.*

**R**ATIO huius assertionis est, quia ius accrescendi regulariter tantum locum habet in vltimis voluntatibus, non vero in contractibus. arg. l. si mihi & Titio 110. ff. de V. O. Cuius rationis haec est ratio, quia cum ius accrescendi legis dispositioni acceptum referatur, quamuis ea in re lex voluntati hominis tacite innitatur, l. si Titio 61. §. Iulianus. de leg. 2. solum in vltimis voluntatibus merito locum habere debet, in quibus voluntates testantium plenius accipiuntur, l. in testamentis. ff. de R. I. non vero in contractibus, in quibus totum negotium pressae contrahentium dispositioni relinquatur. l. veteribus. ff. de pact. l. triticum 94. l. quicquid 99. de V. O. Additio Zoarez ad Gomez. in var. resolut. c. de iu. accresc.

Obijcitur, quod dicitur portionem portioni accrescere, velut alluionem. l. si Titio 33. §. 1. ff. de usufr. emtori ergo accrescet partem habenti. Item obstat l. si totam 83. ff. de acq. H. qua non habenti partem suam negat accrescere, venditori ergo qui partem suam hereditatis vendidit, non accrescet, quia ius accrescendi sequitur rem & portionem, non vero personam. l. haec scriptura 26. §. 1. ff. de con. & dem. Resp. quod comparatio alluionis non omni ex parte iuri accrescendi respondeat. Verum quod



quod dicitur portionem portioni instar alluisionis accrescere, hoc eò tantum pertinet, vt intelligamus, habenti portionem suam, alienam accrescere, non amittenti. Atqui qui vendidit hereditatem, possidere videtur, quia pretium portionis venditæ habet. l. 4. §. vlt. ¶ Si quis omif. caus. test. Ergo rem non amisit, igitur nec ius accrescendi. Contra is cui velut indigno erepta est hereditas, quòd tacitè incapaci cauit se restitutum, vt in specie d. l. si totam, rem planè amisit. l. 10. ¶ de his qu. vt indig. ergo & ius accrescendi. Cuiac. lib. Obs. 12. c. 13.

Obijcitur etiam l. fundus 64. ¶ de con. emp. vbi cum quis emisset fundum sibi & Titio, cum pro parte Titij emtio non subsistat, totus fundus alteri acquiritur, etiam pro parte Titij. Resp. Quòd pars Titij adiecta censetur superuacuo & inutiliter, ideoque nihil operatur, sed alteri totus fundus acquiritur, ne iniuria adficiatur venditor, qui de toto fundo vendendo cogitauit: nec voluit partem vendere, ne inuitus maneat in comunione, quæ magna adferre solet incommoda. Gomez. d. l. o. num. 3. & vlt. vbi notat hanc veriore & magis communem esse opinionem DD. quòd in emtorem hereditatis non transeat ius accrescendi.

## ASSERTIO IX.

*In contractibus ius accrescendi non habet locum.*

**P**ROBATVR hæc conclusio in l. si mihi & Titio 110. de V.O. vbi traditur, si quis stipuletur sibi & Titio decem, quòd hæc stipulatio sit pro parte utilis, pro parte verò inutilis. Utilis est illa, quæ in stipulatoris personam concepta est: inutilis verò, quæ in personam alterius collata est, quia alteri nemo stipulari potest. l. 38. §. alteri. ¶ de V.O. ideoque quinque tantum stipulatori debentur. Ex qua lege colligitur, cum in hac stipulatione stipulator & Titius, re & verbis coniuncti sint, l. re coniuncti 89. de leg. 3. l. triplici. de V.S. neque deficientis Titij pars stipulatori accrescat, in contractibus iuri accrescendi locum non esse. Idem probatur ex l. aquam 16. ¶ Quem seru. amit.

amit. Hanc sententiam tradunt & defendunt. Wesem. & Baro ad §. Si eadem. Inst. de lega. Forne. ad l. triplici. de V.S.

Opponitur huic sententiæ l. fundus 64. ¶ de con. emp. vbi dicitur, si quis fundum emit sibi & Titio, quòd Titij persona superuacuo apposita sit, ideoque totius fundi dominium ad emtorem pertinebit. Vnde sequitur, quòd in contractibus locus sit iuri accrescendi. Item obstat l. 5. ¶ Com. præd. vbi qui seruitutem sibi & vicino in contractu acquisiuit, sibi soli integram seruitutem acquisiuisse censetur, adiectio autem vicini pro superuacua habetur. Resp. Hæc doctrina, quòd in contractibus inter coniunctos non sit locus iuris accrescendi, tum demum locum habet, quando rei in stipulationem deductæ tam facilis est diuisio, vt stipulatio eius diuisione non corrumpatur, vt in quantitate in stipulationem collata accidit. Aliàs autem in contractibus ius accrescendi locum habet, quando vel id quod in obligationem deductum est, diuisionem non recipit, vt seruitus. d. l. 5. vel quando eius de quo conuentum est, diuisio obligationem corrumpit, vt fundum tradi. d. l. fundus. l. stipulationes non diuiduntur. de V.O. In primo exemplo, quòd scilicet is qui sibi & alteri fundum emit, totum fundum habeat, propter duas rationes efficitur. Prima est, quia in hoc contractu venditionis de toto fundo vendendo apparuit esse actum, eò quòd toti fundo pretium est commensuratum. Vnde ne iniuria adficiatur venditor, qui de toto fundo vendendo cogitauit, dicendum est totius fundi venditionem valere, & Titij personam adiectam pro superuacua haberi, ideoque & emtor repudiante socio totum fundum retinere cogitur. arg. l. si quis aliam 46. ¶ de solut. Altera ratio est communionis incommodum, ne scilicet si ius accrescendi non admitteretur, emtor inuitus cum venditore communionem inire cogatur, ex qua maximæ discordiæ plerunque oriri solent. l. cum pater 77. §. dulcissimis. de leg. 2. In secundo exemplo id efficit impossibilitas diuisionis, quia seruitus diuidi non potest, ideoque seruitus integrè vni acquisita videtur.

Ee

ASSERTIO



## ASSERTIO LXI.

*Nomine venditionis non continetur omnis alienatio.*

**Q**UOD nomine venditionis seu emtionis non contineatur alius contractus, nec etiam alia alienatio, probatur ex vi nominis. per l. 1.  $\bar{r}$  de con. emp. vbi dicitur, quod aliud sit emtio, aliud permutatio, quamuis permutatio sit vicina emtioni. l. 1. & l. vlt.  $\bar{r}$  de re. permu. Alioqui frustra quæreremus an sit venditio, an permutatio, an alius contractus, si venditionis nomen omnes comprehenderet. l. 1.  $\bar{r}$  de æst. act. Item diuersa sunt nomina, ergo diuersi contractus. l. si idem. C. de codic. Pro hoc quoque facit l. vlt. C. de pact. int. emp. & vend. vbi dicitur, si quis ita paciscatur in venditionis vel alienationis contractu: ergo nomine venditionis non venit alia quæuis alienatio, alioqui esset ibi superflua illa repetitio, vel alienationis. Itaque pro regula statuendum est, quod nomine venditionis propriè non contineatur alius contractus. Ad hoc etiam est text. notab. in l. si pupillorum 7. §. si pater.  $\bar{r}$  de reb. cor. qui sub tute. vbi sic dicitur, Si prætor tutoribus permisit vendere, & illi obligauerint, vel contra, non valet quod actum est, quia aliud fecerunt, quam quod à Prætorè decretum est.

Sed opponitur l. statuliberi 29.  $\bar{r}$  de statulib. vbi dicitur, quod lex xii. tab. venditionis verbo omnem alienationem complecti videtur. Idem traditur in l. sicut 8. §. venditionis.  $\bar{r}$  Qu. mo. pig. fol. vbi dicitur, quod venditionis appellatione etiam legatum continetur. Resp. Quando eadem est ratio in alijs contractibus & alienationibus, quæ est in emtione & venditione, tunc non vi nominis venditionis, omnis alienatio continetur, sed ex mente & interpretatione IC<sup>orum</sup> obtinuit, vt quod in venditione dicitur, habeat etiam locum in quibuscunque alienationibus, in quibus militat eadem ratio. Hoc verba legis xii. tab. suadent, quæ ita habent, Vendendi statuliberos ius potestasque esto. Hunc articulum, quo traditur statuliberos, hoc est eos, quibus sub conditione libertas relicta est. l. 1.  $\bar{r}$  de statulib.

lib. vendi interim posse, IC<sup>orum</sup> ita interpretati sunt, quod & alio quocunque titulo alienari possint, quia lex xii. tab. alienationis verbo in hoc casu omnem alienationem complectitur. Idque ideo receptum est, quod quælibet ferè alienatio, olim per imaginariam venditionem, sicut heredis institutio, & emancipatio celebrabatur. Sic etiam in simili casu generaliter venditionis verbum accipere debemus, in d. l. sicut §. venditionis, quoad illum casum. Quia si creditor permittat vendi pignus à debitorè, vel aliter alienari, ius suum amittit in illa re.

## ASSERTIO LXII.

*Pacto de retrouendendo præscribitur xxx. annis.*

**S**I quis vendidit fundum adiecto hoc pacto, vt liceat ei pretium aliquando offerenti, fundum recipere, hoc pactum validum est, daturque ex eo venditori actio ex vendito contra emtorem ad fundum recuperandum. l. 2. C. de pact. int. emp. Sed quæritur, quanto tempore petitioni retractus ex pacto de retrouendendo præscribatur? Et verius est 30. annorum spacio præscribi. Cum enim reliquis omnibus actionibus personalibus regulariter tanto tempore præscribatur. l. 3. & 4. C. de præf. 30. an. consequens est, & iuri offerendi, quod actione ex vendito quæsitum est, præscribi: ne possessores semper metuere repetitionem rei cogantur, & incerta reddantur rerum dominia, contra l. 1.  $\bar{r}$  de vsuca. Et hæc est communis DD. opinio, teste Wesem. in parat.  $\bar{r}$  de resc. vend.

Qui contrariam sententiam sustinent, nituntur hoc argumento, Res meræ facultatis nullo vnquam tempore præscribuntur. l. 2.  $\bar{r}$  de via pub. Atqui ius offerendi pretium ad redimendam rem venditam, videtur esse res meræ facultatis, quia est in mero venditoris arbitrio positum. Ergo non tollitur præscriptione. Resp. Hæc actio, quæ quis oblato precio, ex pacto retrouenditionis petit sibi rem venditam restitui, non est res meræ facultatis, quia non est in absoluta facti potestate posita, sed obligationis iure consistit, & est ius ex contractu alteri ab altero



debitum. Ea enim demum sunt meræ facultatis, quæ iure dominijs nobis competunt, nec ab alio debentur, sed insunt proprijs dominijs: Hæc quia vna cum dominio voluntate domini possidentur, & ab absoluta domini voluntate dependent, nunquam præscribuntur. ~~Wesem. d. loco.~~

Secundò aduersatur, quòd in pacto de retrouendendo adiciatur hæc clausula, vt quodocunque venditor vel eius heredes velint pretium offerre, possint fundum recipere. d. l. 2. Atqui istæ clausulæ, semper, in perpetuum, quodocunque, designant temporis infinitatem. l. si ita stipulatus 55.  $\text{\textcircled{r}}$  de fideius. Ergo si talis infinitas placuit contrahentibus, meritò pactum est seruandum, & in perpetuum, non obstante xxx. annorum præscriptione, competit venditori ius redimendi. Resp. Sub distinctione. Aut simpliciter & indefinitè pactum de retro vendendo adiectum est venditioni, & tunc iuri offerendi præscribitur xxx. annis. Aut adiecta est hæc clausula, vt quodocunque vel in perpetuum offerre pretium venditori liceat, & tunc in infinitum & omni tempore competit ius offerendi venditori. Quotiescunque enim in contractibus quid perpetuò, vel quodocunque faciendum cauetur, & contractus sui natura est transitorius ad heredes, tunc hæc distinctiones absque vilo temporis fine constant. l. in hoc iudicium.  $\text{\textcircled{r}}$  si conueniat.  $\text{\textcircled{r}}$  Com. diu. l. eum debere 33.  $\text{\textcircled{r}}$  de ser. vrb. præd. Ita decidit Zoannet. in tract. de pacto de retrouendendo. num. 33. 34. 35. & seqq. Approbat Fachina. lib. 2. contro. c. 13. Minf. cent. 1. Obs. 16. vbi testatur, sæpè ita in Camera imperiali iudicatum fuisse.

## ASSERTIO LXIII.

*Nemo inuitus cogi potest rem suam vendere,  
ne quidem à Principe.*

**N**emo inuitus cogi potest ad rem suam vendendam, quia in potestate alicuius esse non debet, quasi per rapinam ab inuito domino, etiam iusto pretio rem comparare. l. nec quasi 70.  $\text{\textcircled{r}}$  de R. V. l. 11. de R. I. l. dudum 14. C. de con.

de con. emp. l. nemo. C. de Iudæ. l. non enim.  $\text{\textcircled{r}}$  Rer. amot. Sed quæritur an Princeps subditis inuitis bona auferre possit, pretio exoluto, & verius est quòd non possit: quia hoc iustitiæ est contrarium, quæ tantò plus in Principe necessaria est, quantò altior est eminentiæ suæ celsitudo. Vide And. Gail 2. Obs. 56. Zaz. ad l. 2.  $\text{\textcircled{r}}$  eodem tempore  $\text{\textcircled{r}}$  de orig. iu. & ad l. princeps.  $\text{\textcircled{r}}$  de leg. num. 13. A quibus dissentit Angel. quem sequitur Fabia. de monte, de emp. & vend. 3. q. princ. num. 39.

Obijcitur l. 1. C. de epif. aud. vbi statuitur, quòd prouidere debent Episcopi, ne negotiatores vltra iustum pretium vendant res ad victum necessarias. Vnde colligitur, quòd cogi possint mercatores, vt iusto pretio vendant ea quæ ad victum pertinent. Resp. Regulariter cogi non potest dominus ad res suas vendendas: exceptis rebus ad victum & alimoniam hominum necessarijs. Quando enim ciuitas laborat inopia annonæ, tunc licet mercatores res victui necessarias venales non exponant, tamen possunt à magistratu cogi ad vendendū iusto & moderato pretio, à Principe vel magistratu definito; ne quis res necessarias hominum alimentis, grauissimo pretio pro libitu vendat, & pauperes in necessitate positos nimium exhauriat. Ita in Camera imperij iudicatum refert Minf. cent. 5. Obs. 27.

Secundò aduersatur l. venditor 13.  $\text{\textcircled{r}}$  1.  $\text{\textcircled{r}}$  Com. præd. l. si pendentes 27.  $\text{\textcircled{r}}$  si cloacarij.  $\text{\textcircled{r}}$  de vsufr. in quibus traditur dominum posse cogi non solum iusto, sed etiam viliori pretio res suas vendere filco vel priuato. Resp. Hoc tum demum verum est, si iusta causa, puta necessitas vel vtilitas publica hoc postulat. Sic similiter in l. Lucius 11.  $\text{\textcircled{r}}$  de euiet. & in l. item si verberatum 15.  $\text{\textcircled{r}}$  de R. V. Princeps aufert possessoribus agros suos, & donat militibus, modico honoris gratia possessori dato. Hoc enim facit in fauorem & præmium militiæ, quia benè de Repub. meriti erant milites, quòd patriam ab hostibus liberauerant.

Tertiò obijcitur, quòd Imperator dicitur vniuersalis dominus rerum & bonorum totius mundi, vnde & de bonis priuatorum potest pro arbitrio suo disponere. l. benè à Zenone. C. de quad. præscr. l. deprecatio.  $\text{\textcircled{r}}$  Ad l. Rhod. de iac. Resp. Imperator est omnium dominus, quoad defensionem, protectionem,



& generale imperium, sed non quoad plenum dominium & proprietatem rerum priuatorum. Vnde quæ quilibet priuatus possidet, Principis sunt nudo imperio, singulorum verò dominio. Costal. ad d. l. item si verberatum.

Huc pertinet l. dudum. C. de cont. emp. quæ dominis permittit liberam potestatem res suas vendendi, cuiuscunque velint, nec possunt consortes & proximi venditoris consanguinei extraneum ab emtione submouere. Tollitur ergo ea lege ius *degruhoac* seu prælationis. Cui opponitur l. vnic. C. Ne lic. habita. metroco. sua loca ad extr. transf. quæ docet, vicarium qui fundum venalem habet, debere conuicatum præferre extraneo emtori. Itaque illa lex admittit & probat ius *degruhoac*. Resp. Imp. generaliter sustulit in d. l. dudum ius *degruhoac*, ne socij vel propinqui præferantur extraneis emtoribus. Addit tamen, nisi lex specialiter prohibuerit quasdam personas vendere res suas quibus voluerint. Sic lex specialiter tribuit conuicatis, vt habeant ius *degruhoac* aduersus conuicatum. Sicut etiam dominus, aduersus emphyteutas, qui ius suum vendere volunt, habet ius prælationis. l. ult. C. de lu. emph. propinqui verò & socij hoc ius non habent, ex constitutione l. dudum, nisi ex pacto l. qui Romæ. §. coheredes. de V. O. Postremò in feudis hoc ius *degruhoac* renouatum est, & concessum est proximis agnatis feudum ab agnato venditum, pro eodem pretio, quo venditum est, ad se retrahere. lib. 2. feud. tit. Per qu. fin. inuest.

ASSERTIO LXIV.

*Venditor, etsi fundum simpliciter vendat, tamen cum liberum ab omni seruitute præstare tenetur.*

**D**UBITATIONEM habet, an si venditor simpliciter fundum vendat, teneatur eum liberum præstare. Nam ex l. cum venderes 59. ꝑ de con. emp. dicendum videtur, si non dixit venditor, se fundum vendere liberum, vel vt optimus maximusque est, de seruitute eum omninò non teneri. Dicit enim eo casu Celsus, in d. l. 59. non liberum fundum, sed qualis

qualis esset, præstari oportere, quasi venditor ignorans seruitutem, & non asserens esse liberum, teneri non debeat. Verum hoc casu teneri venditorem, colligitur ex eo, quod generaliter dicitur, si euincatur seruitus, quanti minoris ob id prædium est, litem æstimandam. l. sed etsi 15. §. 1. ꝑ de euict. l. quoties 61. ꝑ de ad. edi. *Obstat d. l. cum venderes, & l. pen. ꝑ de euict. quæ fundo simpliciter vendito, aiunt venditorem emergentibus postea seruitutibus de euictione non teneri. Resp. Non tenetur venditor ob seruitutem emergentem emtori actione de euictione ad duplum, vel actione ex emto in id quod interest, sed æstimatoria actione tantum teneri, quanti minoris emisit emtor, si seruitutem hanc impositam sciuisset. d. l. sed etsi. §. 1. l. in venditione 41. ꝑ de act. emp. Excipiuntur duo casus. Primò si fundus venditus sit, vt optimus maximusque est, tunc enim de euictione actio competit, non quanti minoris. l. cum fundus 48. & l. penul. ꝑ de euict. Secundò si sciens dolo malo vendidit ignorantem, quo casu etiam est actio ex empto in omne id quod interest, ratione doli. l. 1. §. 1. ꝑ de act. emp. Duare. & Cuiac. ad l. 38. §. si quis forte. ꝑ de V. O. & lib. Obs. 2. c. 20. Gomez. de emp. & vend. num. 45.*

ASSERTIO LXV.

*Res ex mea pecunia emta, non est mea, sed ementis.*

**Q**UOD emtum est ex mea pecunia, meum non est, l. 6. C. de R. V. vbi dicitur, si is apud quem deposui pecuniam, emat ex ea prædia quædam, ipsique tradita sint, ad ea vendicanda, non dabitur mihi, cuius fuit pecunia, actio, sed emtori. Hinc res quæ ex dotali pecunia comparata est, non est dotalis, nec vxori, sed marito acquiritur. l. ex pecunia 12. C. de iu. dot. l. vlt. C. de ser. pig. da. mar. *Obijciatur l. res quæ 55. ꝑ de iu. dot. vbi dicitur, quod res quæ à marito sunt emtæ ex pecunia dotali, sint mulieris, cuius fuit pecunia. Resp. Datur mulieri vtalis vendicatio, si maritus ex eius*



ex eius pecunia dotali rem aliquam emit, eo demū casu, quando maritus non est soluendo, ne mulier amittat dotem, alioqui tantum datur vxori contra maritum pro restituenda pecunia de dote actio. Costal. ad d.l. 55. Cuiac. lib. Obs. 5. c. 29.

Secundò aduersatur l. si vt proponis 8. C. de R. V. vbi dicitur, quòd si quis emit rem aliquam ex pecunia militis, militi datur vtalis rei vendicatio. Resp. Hoc speciale est in milite, huius enim pecunia si quis quid emat suo nomine, non emtor, sed ipse miles erit dominus rei emptæ. Quod etiam rectè extendunt DD. ad bona emta ex pecunia pupilli & minoris, vt dominium eorum ad ipsos pupillos & minores pertineat. per l. 7. ¶ Qui po. in pig. l. 2. ¶ Qu. ex fac. tuto. Notant Gl. & DD. in d. l. 8. Costal. ad l. 26. ¶ de rei. cred.

ASSERTIO LXVI.

*Non est necesse mercedem locationis consistere in pecunia numerata.*

**L**OCATIONIS merces non solum in pecunia numerata consistit, sed etiam in ijs rebus, quæ pondere, numero & mensura constant: verbi gratia, si ea lege ager elocetur, vt quotannis certæ mensuræ vini, aut certi modij frumenti mercedis nomine persoluantur. Mercedis enim vocabulo, quo passim in materia locationis vtantur IC<sup>ti</sup>, apud bonos authores non intelligitur pecunia numerata tantum, sed generaliter quodcunque præmium, quod pro labore aut stipendio alicui datur. Varro lib. 2. de ling. lati. Coras. lib. 2. Misc. c. 11. Probat etiam hæc sententia per l. si olei. C. loca. cuius hæc sunt verba. Si olei certa ponderatione fructus annuos locasti, de contractu, ob hoc solum, quòd alter maiorem ponderationem obtulit, recedi non oportet, vbi communis interpretum intellectus meritò reprobatur: qui exponunt verbum locasti, id est, vsui concessisti, vt sic de contractu innominato, facio vt des, non de locatione loquatur: quia cum titulus sit inscriptus de locatione, facit vt constitutiones omnes insertæ de eodem contractu acci-

ctu accipiantur. Præterea non agi illic de contractu innominato, alia ratione liquet, nempe quòd in d. l. si olei, sanciat Imp. quòd in ea specie contractus partes non possint pœnitere: quòd est contra naturam contractuum innominatorum, in quibus permittitur alteri contrahentium à contractu per pœnitentiam recedere. l. si pecuniam ¶ de cond. caus. dat. Comprobant hanc sententiam Wesem. in para. ¶ loca. Cuiac. ad l. 35. §. 1. ¶ loca. ad African.

Obijcitur l. naturalis. §. at cum do. ¶ de præf. ver. vbi dicitur, in locatione pecuniam requiri, sicut in emtione, in qua certum est pecuniam numeratam desiderari. Resp. Non per omnia inter locationem & emtione similitudo ibi instituitur. sed hic est sensus eius loci, quòd sicut conuentione certæ mercis & pecuniæ emtio contrahitur; ita ex conuentione pecuniæ dandæ pro facto quod locari solet, nascitur locatio. Non autem ibi dicitur, quòd de substantia locationis sit pecunia numerata, sed quòd vterque contractus sola conuentione contrahatur: emtio scilicet, si de merce & pretio conuenit; locatio verò, si de pecunia danda pro facto quod locari solet, conuenit. In hoc tantum casu hi duo contractus conferuntur, non in alijs. Nullum simile est idem. Pinel. ad l. 2. C. de resc. vend. c. 3. num. 28. & seqq. vsque ad finem.

ASSERTIO LXVII.

*Ex conductione decennij non transit vile dominium.*

**T**RADUNT communiter DD. quòd ex locatione decenniali, aut longiori tempore facta vile dominium transferatur in conductorem. arg. l. vlt. ¶ Si ag. vect. pet. Ita tradit Ferra. in for. libel: ad ficti præstationem, in verbo, inuestiuit. Sed hæc sententia meritò à Connano improbat. Nam locationis hæc est natura, vt non transferatur ex ea dominium, vt apertè traditur in l. non solet 39. ¶ loca. & l. 2. C. de præf. 30. an. vbi dicitur, quòd conductoribus longissimi temporis, puta 30. annorum, non procedat præscriptio, tanquam alienæ rei possessoribus.



Sed obijcitur l. ult. Si ag. vect. vbi ex longi temporis conductione datur vtilis actio in rem conductori, ergo transfertur vtile dominium. Resp. Hoc verum est in eo casu, quando non simplex locatio contracta est, sed conuentum est, vt negotium transeat in aliam speciem contractus, puta emphyteusin, vel superficiarium contractum: tunc enim vtile dominium transit in accipientem.

Secundò aduersari videtur l. i. §. quod ait. de superfic. vbi traditur, ei qui ad non modicum tempus conduxit superficiem, actionem in rem competere. Resp. Prætor non indistinctè ex locatione superficiem longo tempore facta, concedit actionem in rem; sed causa cognita: quando scilicet quis ea lege in alieno solo superficiem conduxit, vt ibi ædificare ei liceret. Nam ædificatio non rectè fit, nisi à domino, §. eum in suo. Inst. de re. diui. Quare cui ædificandi ius conceditur, illi vtendæ rei ius pro arbitrio, atque ita vtile dominium concedi videtur. Approbat hanc decisionem Wesem. in para. loca.

ASSERTIO LXVIII.

*Emtor, legatarius, & alij singulares successores non tenentur stare conductioni, nisi conuentum sit.*

**D**ECISIO hæc apertè tradita extat in l. emtorem. C. loca. & l. qui fundum 32. Si eo. Ratio decidendi hæc est, quia colonus nullum ius habet in re conducta, sed solum personam locatoris habet obligatam: quæ obligatio personalis non sequitur emtorem, vel alium singularem successorem. Vnde nec emtor tenetur stare locationi à venditore factæ. Quòd si colonus haberet ius in re, vtputa si ad longum tempus conduxisset, tunc ei emtor teneretur stare. Cum enim habeat vtilem actionem in rem ad vendicandum, multò fortius dabitur ei possidenti exceptio l. i. §. quod autem. de superfic. Bart. in d. l. emtorem.

Sed aduersatur l. si filiofam. §. ult. Si Sol. matr. vbi locationi fundi dotalis factæ per maritum, vxor diremto matrimonio stare

stare tenetur, quia tenetur marito cauere de indemnitate, si ante finitum tempus cõductionis expellat colonum, & fortè maritus damnatus sit colono ad interesse, quòd non potuerit integro conductionis tempore vt; vxor inquam cauebit marito, quòd ei refundet, quicquid colono pro interesse soluit, quòd toto tempore fundo non potuerit vt. Ergo vxor, quæ est singularis successor mariti ex causa dotis, tenetur stare locationi per maritum factæ. Resp. Vxor quidem non tenetur præcisè stare locationi à marito contractæ, quia potest colonum expellere; sed tamen si præfractè iure suo vtatur, cogitur marito cauere de indemnitate, vt si ille ob non seruata conductionem reliquorum annorum damnatus sit, quòd ipsa hoc damnum ei refarciet. Cuius iuris hæc est ratio, quòd tempore matrimonij est communis quædam societas inter coniuges. l. i. Si Re. amo. & maritus bona fide administruit bona dotalia, ideoque vxor tenetur stare locationi, quantum ad maritum, non autem quantum ad colonum. Castren. in d. §. ult.

Additur in thesi, quòd si tempore venditionis fuit conuentum inter emtorem & venditorem, quòd colonus non possit expelli, tunc colonus inuitus ab emtore non expelletur. Quæ exceptio additur in d. l. emtorem.

Sed huic limitationi aduersatur, quòd stipulatione alteri per alterum non quærat obligatio vel actio. l. 38. §. alteri Si de V. O. Ergo neque hoc pactum venditoris cum emtore inuitum, prodest conductori. Resp. Cum illa personali actione concurrat ius reale retentionis seu detentionis, quam habet conductor in fundo conducto, per quam detentionem acquiritur illi ius ex pacto. Gomez. tomo 2. Var. resol. c. 3. num. 9.

Fi 2

ASSERTIO



ASSERTIO LXIX.

Ex contractu facio vt des, oritur præscriptis verbis actio.

Ex contractibus innominatis, qui sunt quatuor, do vt des, do vt facias, facio vt des, & facio vt facias, oritur præscriptis verbis actio: quæ ideò sic dicta est, quòd detur ex præscripto conventionis, vel vti conuenerit inter contrahentes, si scriptum non sit. l. cum mota. C. de transf. Cuiac. ad Inst. de loca. & cond.

Sed dubia valde est quæstio, an ex contractu facio vt des, hæc actio competat: in qua ipsi iuris authores inter se non conueniunt. Nam in l. 5. §. quod si feci; ꝛ de præf. ver. Paulus respondit, si faciam vt des, & posteaquam feci, cessas dare, nulla est ciuilis actio, sed de dolo datur. Contrarium decidit Vlpianus in l. solent 15. ꝛ eo. vbi tradit, in hac specie, si tibi seruum tuum fugituum indicaui, vt mihi x. dares, competere actionem præscriptis verbis: qui tamen est contractus facio vt des. Quod apertius traditur in l. si tibi 22. ꝛ eo. vbi traditur, in hac specie, si tibi dederim vestes meas poliendas aut farciendas, vt cum eas farciuisses, tantum tibi darem, quantum inter nos postea statutum esset, si fecisti quod conuenerat, neque do quicquam, aut non do æquum, dari tibi contra me præscriptis verbis actionem: in quo tamen casu contractus facio vt des, initus est.

In conciliatione huius antinomix verissima est distinctio. Accur. in d. §. quod si faciam. communiter approbata à DD. Aut ex facto meo tibi nihil adest, nihil ad te accessit, veluti si seruum meum manumisi, vt mihi des decem, ex tali manumissione nihil ad te peruenit, & tunc actio præscriptis verbis cessat, sed de dolo actio datur. d. §. quod si faciam. Aut tale est factum, ex quo aliquid ad te accedit, veluti si decem quæ mihi debebas, ea conditione acceptò tuli, vt mihi annulum dares, & tunc competit præscriptis verbis actio. l. ob eam 9. ꝛ de præf. ver. Vnde similiter in specie supra proposita de opera suscipienda in vestibus

vestibus refarciendis, pro mercede postea constituenda, eandem actionem competere perspicue Caius respondit in d. l. si tibi. Hanc sententiam tuetur quoque & amplectitur Hotom. in §. actionum. Inst. de act.

Secundò aduersatur l. 4. & l. sub prætextu 1. C. de transf. vbi dicitur, quòd ex transactione quæ per acceptilationem inita est, competat actio de dolo, & nulla alia competit ei, cuius in transigendo fuit actio extincta, cum tamen ibi initus sit contractus facio vt des, & quidem talis, ex quo ad aduersarium magna utilitas peruenit, scilicet remissio litis: quæ leges iterum pugnant eum l. cum mota C. eo. vbi traditur, ex transactione, præscriptis verbis actionem competere. Respondent communiter DD. in d. l. 4. & d. l. sub prætextu. creditorem ad transigendum dolo fuisse inductum, quo casu actione extincta, actio de dolo tantum locum habet. Vel melius ex sententia Donelli ita respondendum. Aut agitur de eo quod ante petere potuimus, retractando, & tunc nulla restat nisi actio de dolo. Aut actor consequi id vult quod transactionis causa promissum est, & tunc datur præscriptis verbis actio. d. l. cum mota.

ASSERTIO LXX.

Re aliena obligata creditori scienti, non conualescit pignus, si dominio debitori postea superueniente.

Questio est difficilis, An conualescat pignus, si debitor rei alienæ, quam obligauit, postea fiat dominus. Et distinguendum est inter creditorem scientem & ignorantem. Si sciuit rem fuisse alienam, difficillius creditori confirmatur pignus, ait Papinianus in l. 1. ꝛ de pign. difficillius, id est, omninò non, vt Gl. & DD. interpretantur. Creditori igitur scienti non dabitur hypothecaria.

Non obstat, quòd impedimentum rei alienæ, quo fiebat, ne res aliena pignori obligari posset, sublatum sit per dominium debitori acquisitum, quia non sufficit ad constitutionem pignoris, debitori dominium aliquando superuenire: sed vt pignus



recte contrahatur, requiritur precise, vt pignus tempore con-  
 uentionis in bonis debitoris fuerit l. & quæ nondum. §. 1. in  
 verb. cum conueniebat. ¶ de pign. Si ignorauit creditor rem  
 esse alienam, ex æquitate utilis persecutio exemplo pignoratitiæ  
 creditori datur. l. cum res. C. Si alie. res pig. Ratio diuersitatis  
 inter creditorem scientem & ignorantem est, quod creditori  
 ignoranti rem alienam pignori datam, competat contraria pi-  
 gnoratitia contra debitorem, ad pignus magis idoneum substi-  
 tuendum. l. tutor. §. contrariam. ¶ de pig. act. igitur æquitas  
 suadet, vt eo casu hypotheca confirmetur. Creditor autem do-  
 losus & sciens rem alienam sibi dari in hypothecam, non potest  
 contrario iudicio agere ad constituendum aliud pignus. d. §.  
 contrariam. Igitur æquitas, quæ nequaquam pro doloso mili-  
 tat, non dicit hypothecam confirmari, ne ad hoc quidem, vt  
 utilis actio aduersus debitorem detur. Bart. in d. l. 1.

Alij contrarium existimant, vtilem actionem hypotheca-  
 riam creditori scienti contra debitorem dari, si debitor rem ob-  
 ligatam teneat, & exponunt verbum, difficilius, cum tempera-  
 mento, quasi dicat I. C. difficile quidem actionem vtilem dari,  
 nihilominus tamen hoc vno casu dari. Mouentur hac ratione,  
 quod turpe sit debitori allegare, se rem alienam obligasse, & sic  
 propriam turpitudinem detegere, atque inciuile sit, quod debi-  
 tori semel placuit, cum præstare non posset, iam cum potuit præ-  
 stare, displicere & præstare nolle. Sed hæc opinio merito repro-  
 bata est à Bartolo & Fulgō. in d. l. 1. quos sequitur Muda. in  
 tract. de pign. c. 2. & Donel. de pign. c. 9. Nam si interpretemur  
 verbum, difficilius, pro ægrius, quasi I. C. velit, difficulter qui-  
 dem datur, sed tamen datur contra ipsum saltem debitorem hy-  
 pothecaria actio, resultabit ex ea interpretatione maxima absur-  
 ditas, vt videlicet fateri cogamur, promiscuè actionem hypo-  
 thecariam dari creditori scienti, & ignorantem rem fuisse alienam.  
 Quod tamen contra mentem Papiniani est in d. l. 1. qui scientem  
 creditorem ab ignorantem distinguit, in verb. qui non ignorauit  
 alienum, à contrario sensu, & contra d. l. cum res, vbi dicitur,  
 exemplo pignoratitiæ vtilem hypothecariam dari, id est, non  
 alij vtilem hypothecariam dari, quam cui datur contraria pi-  
 gnoratitia



gnoratitia actio. Certissimi autem iuris est, creditori scienti pi-  
 gnus alienum fuisse, contrariam pignoratitiam non dari. d. §.  
 contraria. Ergo multò minus dabitur hypothecaria. Cum igitur  
 creditori scienti contraria pignoratitia non detur, consequens  
 est nec hypothecariam dari: nisi quæ magna ratio suadeat esse  
 dandam, puta si nominatim id conuenit, aut appareat debito-  
 rem creditoremque id sensisse. Donel. d. loco. Nec ab hac opi-  
 nione dimouet nos, quod supra de detegenda propria turpitu-  
 dine obiectum est, cum etiam ignorans debitor alienam rem  
 creditori scienti obligare potuit.

Obijcitur autem huic distinctioni l. rem alienam 41. ¶ de  
 pig. act. vbi indistinctè traditur, si debitor qui rem alienam pi-  
 gnori dedit, postea eius rei dominus factus est, dari creditori  
 vtilem actionem pignoratitiam, nec adhibetur distinctio, an cre-  
 ditor sciuit vel ignorauit. Resp. Licet in principio legis genera-  
 liter I. C. loquatur, tamen ex vltimis verbis legis apparet eum de  
 creditore ignorante loqui. Nam in fine dicit, si conuenit de pi-  
 gnore, vt ex suo mendacio arguatur, improbè resistit, quomi-  
 nus utilis actio moueatur. Quæ verba tantum de debitore, qui  
 creditori ignoranti rem alienam pignori dedit, exaudiri pos-  
 sunt. Ille enim ex mendacio suo argui tantum potest, qui igno-  
 rantem aduersarium decepit mendacio, non is qui rem alienam  
 suam esse asserens, pignori dedit, creditore id sciente falsum esse.  
 Qui enim sciente aduersario quid falsum asserit, nõ dicitur eum  
 decipere. l. qui se liti 45. ¶ de pet. here. Donel. d. loco.

*Mudina*  
*Juan Miguel*  
*Lorenzo Jimenez*  
*humilde*  
*Servidor*  
*Juan de*  
*la Cruz*

ASSERTIO LXXXI.

Species pignoris, quæ arrixiensis appellatur, licet præscriptum  
 à legibus vsurarum terminum egrediatur, illicita non est.

**A**NTIXPHΣΙΣ est species quædam pignoris, qua ea  
 conditione res pignori datur, vt creditor percipiat fru-  
 ctus in vicem vsurarum, donec soluat pecuniam debi-  
 tor. l. 11. §. 1. ¶ de pigno. l. si pecuniam 33. ¶ de pig. act. Eaque  
 conuentio valet, etiam si perceptio fructuum legitimum vsura-  
 rum.



rum modum excedat, propter duas rationes. Primò propter incertum fructuum prouentum, quia cum vno anno plus, altero minus nascatur, si fortè pauciores fructus colligat creditor ex agro pignorado, quam legitimarum vsurarum modus efficiat, contentus ijs esse cogitur. Ideoque si & vberiores fructus producat ager, debet hoc cedere lucro creditoris. Altera ratio est incertum fructuum pretium, quia eorum pretia pro locorum & temporum varietate mutantur: atque ita fit, vt fructus aliquando excedant legitimæ vsuræ modum, quandoque vsuræ ampliores sint fructibus. Hęc inquam fructuum incerta æstimatio, & dubius eorundem prouentus antichresin permisit. l. si ea lege l. si ea pactione. C. de vsur.

Huic autem conclusioni grauius obstat l. cum debitor. In qu. caus. pig. tac. cont. vbi Paulus scribit, cum debitor gratuita pecunia vitur, potest creditor de fructibus rei sibi pignorate ad modum legitimum vsuras retinere: in qua lege non conceditur antichresis nisi ad legitimum vsurarum modum. Respondendum, duplicem esse antichresin, tacitam & expressam. Tacita est, quando debitor pecunia mea gratuito vitur, & vsuras ab eo stipulatus non sum: cuius beneficij pensandi gratia tradit mihi agrum pignori, vt fructus vsurarum vice percipiam. In hac tacita antichresi, intra modum tantum legitimum vsurarum, quasi tacito consensu creditor fructus percipiet. Itaque d. l. cum debitor, tacitæ antichresis exemplum ponit, quod ipse etiam titulus exigit, qui est de tacitis pignoribus. Antichresis expressa est, quando nominatim creditor stipulatur vsuras pecuniæ mutuo datæ, & loco vsurarum debitor concedit creditori, vt fruatur fructibus prædij oppignorati. In hac expressa antichresi fructus superare modum vsurarum possunt, in tacita non item. Eleganter Cuiac. lib. Obs. 3. c. 35. & lib. 8. c. 17.

ASSERTIO  
A

ASSERTIO LXXII.

*Inuecta in prædium urbanum tacite pignori sunt obligata, non autem in prædium rusticum.*

**I**NVECTA ab inquilino in prædium urbanum, vt perpetuo ibi sint, sine vlla conuentione tacite censentur locatori prædium iuris autoritate esse obligata, pro mercede domus. Diuersum est in prædijs rusticis: nam inuecta & inducta in prædium rusticum, non sunt tacite obligata, sed tum demum, si nominatim conuenit inter colonum & prædij dominum: fructus enim tantum, qui ibi nati sunt, tacite pignori sunt obligati ob mercedem locationis. l. eo iure. l. in prædijs. In qu. ca. pig. tac. con. l. 3. & 5. C. eo. §. interdictum. Inst. de interd. Ratio diuersitatis sumenda est ex moribus Pop. Rom. Solebant apud Romanos in prædijs rusticis nata pro mercede agri obligari, in urbanis autem prædijs inuecta illatæ. l. si seruus 61. §. locauit. In de furt. Quod autem erat in more positum, paulatim in ius transfijt. arg. l. 1. In de vulg. l. 1. In de don. int. vi. & vx. Hanc rationem diuersitatis Duare. & Cuiac. reddunt ad l. 4. In de pact. Donel. in tract. de pact. c. 4. hanc adfert rationem, cur inuecta in prædium rusticum non sint tacite pignori obligata, quia locatori pro pensione agri satis sit cautum fructibus, quos pignori esse diximus: hi cum nulli in urbanis prædijs nascantur, necesse fuit, siquidem vlla re cauere vellemus locatori, inuectis & illatis cautum esse.

Non obstat l. certi iuris. C. loca. vbi dicitur, quæ coloni voluntate dominorum in fundum conductum induxerunt, pignoris iure teneri: Ibi enim voluntatis nomine significatur expressa conuentio, hoc est, quando nominatim inter colonum & dominum prædij conuenit, vt inducta in prædium rusticum pignoris iure teneantur, tunc pignori erunt. Ad quid enim de voluntate domini induci exigimus, nisi de inductis pactio aliqua facta fuerit? voluntatis enim verbum pactionem quoque expressam denotat. l. Pomponius. In qu. ca. pig. tac. Ita



conciliant hanc antinomiam Baro, Duarenus & Cuiacius ad  
l. 4. § de pactis.

## ASSERTIO LXXIII.

*Quando nihil pactum est de distrahendo pignore, creditor  
nihilominus post unam denuntiationem, pignus statim  
vendere potest.*

**S**i inter creditorem & debitorem nihil convenit de distrahendo pignore, tunc debitore cessante in solutione, postquam creditor semel denuntiavit debitori venditionem pignoris, statim & sine ulteriori temporis expectatione pignus distrahere poterit. l. 4. & ibi Costal. § de pig. act. l. 4. C. de dist. pig. Volunt autem vulgò interpretes hoc ius emendatum esse per constitutionem Iustiniani in l. vlt. C. de iu. do. imp. & putant, non ante biennium, postquam est debitori facta venditionis denuntiatio, posse pignus distrahi. Sed verior & probabilior est sententia, non esse ius vetus constitutione Iustiniani emendatum: Primum, quia durum & iniquum videretur, ut creditor qui iure pignoris rem possidet, tam longum tempus expectare cogatur, nec ante possit ius suum consequi. Deinde constitutio Iustiniani ad eos tantum pertinet, qui ius dominij in pignore impetrare volunt, ut non ante biennium id impetrare possint, biennio autem exacto non statim possint, sed prius rem venum exponere, & distrahere si possint, experiri cogantur: si non possint, ut si pignus emptorem non reperiat, tum deinde à Principe impetrare poterunt, ut pignus iure dominij possideatur. Et huius sententiæ hoc est evidens argumentum, quòd Imp. initio eius constitutionis proponat, se formam in iure dominij impetrando mutare velle: unde non efficitur, idem esse observandum in eo casu, quando solum pignus distrahere vellet. Hæc eruditè dissertit contra communem sententiam Donel. in tract. de pigno. c. 12. de distr. pign.

## ASSERTIO LXXIV.

*Qui priorem habet generalem hypothecam, creditori posteriorem generalem hypothecam habenti, in bonis post utranque obligationem quasitis præfertur.*

**C**um generalis hypotheca non solum præsentia, sed etiam futura bona comprehendat. l. vlt. C. Quæ res pig. obl. quasitum est, an in ijs bonis, quæ post secundam obligationem accesserunt, etiam prior creditor præferatur. Et verius est, præponendum esse eum qui priorem hypothecam habuit, etiam in bonis postea quasitis. tex. in l. vlt. §. Qui pot. in pign. Itaque si Titius primum mihi omnia sua bona generaliter obligavit, deinde etiam tibi generaliter, præferar ego in quasitis à Titio post utrunque contractum. Idque ex generali iuris regula rectè obtinuit, quòd nimirum qui prior est tempore, potior quoque sit iure, & in persecutione pignoris præferatur. l. 2. & l. creditor 12. § d. tit.

Sed huic assertioni graviter obstat l. si qui mihi 28. § de iu. fil. in qua traditur, quòd creditor qui prius cum privato contraxerat sub generali hypotheca omnium bonorum, non præfertur fisco post contrahenti, sed fisco licet tempore posterior, tamen potior est in bonis postea quasitis: quæ lex è diametro pugnat cum d. l. vlt. §. Qui po. in pig. Variæ sunt ad hanc antinomiam responsiones. Cuiac. lib. Obs. 10. c. 22. ita respondet, quòd creditor prior tempore, in bonis tempore prioris obligationis pertinentibus ad debitorem, item in bonis acquisitis post priorem obligationem antequam cum fisco contraheret, præferatur fisco; sed in bonis quasitis post obligationem fisci, creditor prior non præfertur, sed in ijs fisco licet posterior præponitur. Mihi verior videtur Bartoli & Connani conciliatio, quòd hoc speciali privilegio fisci sit receptum, ut fisco licet posterior sit creditor, tamen in bonis post utranque obligationem quasitis sit potior. Idque ideò fit, quia bona postea quasita cum sua causa & conditione, quam legis auctoritas illis imposuit, de-



bitori primo obligantur. At lex statuit, vt bona contrahentium cum fisco, tam presentia quam futura, tacite obligentur fisco. l. aufertur 46. §. fisco. ff. de iu. fil. l. 3. C. de priu. fil. Igitur cum ea qualitate bona affecta ad priorem creditorem transeunt, nempe vt sint fisco obligata. Non mirum ergo, vt fisci obligatio in ijs sit potior & prior, quia omnia quæ quærit debitor fisci, tacite oppignorata sunt fisco. Igitur cum taciti pignoris vinculo quæsitæ bona prioribus creditoribus tenentur, cum obligatio futurorum bonorum tum demum conualescat, cum quæque res incipit esse debitoris. l. idemque 7. §. 1. ff. Qui po. in pig. Ita tradunt Bart. in d. l. si qui mihi. & Conna. lib. 4. coniect. c. 17. Vide Anton. Fabr. aliter hæc explicantem lib. 2. coniect. c. 10.

Verum adhuc grauer obstat huic solutioni d. l. vlt. ff. Qui po. in pig. vbi prior creditor etiam in bonis postea quæsitis præfertur fisco. Resp. Ibi prior creditor habebat priuilegium tutelæ, & sic cum fisco parus erat conditionis, quia vterque pariter erat priuilegiatus, vnde merito fisco præfertur in postea quæsitis. Vbi enim sunt paria priuilegia in pignoribus, antiquius eorum præfertur. Aliud est in creditore non priuilegiato, qui prius non contraxit, hic fisco non præfertur in bonis post quæsitis.

Secundò opponitur l. si pignus 8. ff. Qui po. in pig. vbi dicitur, si priuatus ante fiscum contraxit, & hypothecam accepit, fisco tempore posteriori priuato creditori, priori in pignore non præfertur. Resp. In bonis tempore prioris obligationis quæsitis, creditor priuatus tempore prior, præfertur in pignore, at in bonis post obligationem posteriorem quæsitis, fisco tempore posteriori præfertur.

## ASSERTIO

## ASSERTIO LXXV.

*Nec urbana, nec rustica seruitutes oppignorari possunt.*

**H**ANC sententiam amplectuntur Duare. lib. 2. disp. c. 13. & Donel. in tract. de pigno. c. 10. Et quidem de urbanorum prædiorum seruitutibus, extra controuersiam est, eas oppignorari non posse, l. si is qui bona xi. §. vlt. ff. de pign. Verum in dubium vocatur, an rustica seruitutes oppignorari possint. Idem tamen statuendum arbitror de rusticis, quod de urbanis seruitutibus proditum est, quod in vtrisque seruitutibus eadem militet ratio. Ratio enim prohibitionis hæc est, quia vtiliter pignus constitui nequit, nisi aliquando vendi possit à creditore. l. si fundus 16. §. creditor 5. ff. de pign. At qui seruitutes tam urbanis quam rusticis prædijs coherent, ab ijsque nullam recipiunt separationem, vnde separatim cedi vel vendi non possunt, sed tantum cum ipsis prædijs. l. via 23. §. si fundus. l. vnus ex socijs 34. ff. de ser. rust. præd. l. cum fundus. ff. Com. præd. Itaque nisi & ipsum prædium pignori detur seu vendatur, seruitutes prædiales oppignorari & vendi non posse, certa ratio suadet. Dissentiunt Mudæ. in tract. de pigno. c. Quæ res pig. obl. Conna. lib. 4. com. c. 14. Cuiac. lib. Obl. 15. c. 6. Faber lib. 5. coniect. c. 11. existimantes, rusticas seruitutes oppignorari posse, sed non urbanas. Pro eorum sententia adfertur l. sed an via 12. ff. de pigno. Sed responderetur, eam loqui de domino, qui in prædio suo creditori vult seruitutem oppignorare, vt ea creditor vtatur, quamdiu pecunia non sit soluta, quod hoc permittatur domino prædij seruiantis, non vt valeat ipso iure seruitus, quæ ad tempus constitui non potest, sed propter vtilitatem contrahentium hæc conuentio sustinetur.

Contra verò is qui seruitutem prædio suo iam acquisitam & impositam habet, is non potest hanc seruitutem prædio suo quæsitam alij oppignorare. Ratio est, quia seruitus prædio alicuius semel acquisita, nõ potest ab eius prædij domino in alium



transferri, nisi simul & ipsum prædium transferatur, & alienetur, cui seruitus quæsitæ est. l. ex meo 24. ff. de seru. rust. præd.

## ASSERTIO LXXVI.

*Qui ob refectiõnem nauis pecuniam credidit, non habet tacitam hypothecam.*

**Q**VI ad nauem reficiendam pecuniam credidit, non aliter hypothecam habet, quam si nominatim & expressè conuentum sit. Probatur hæc decisio per l. qui in nauem 26. & l. quod quis 34. ff. de reb. auct. iud. ubi dicitur, eos qui in nauem reficiendam pecuniam crediderunt, habere priuilegium exigendi debitum post fiscum. Ex quo euidenter colligitur, nullum ius tacitæ hypothecæ eos habere, alioqui fisco præferrentur, cui præferuntur omnes creditores hypothecarij, qui tempore sunt priores. Præterea ille qui in rem emendam pecuniam credidit, non habet tacitam hypothecam in re emta, l. licet 7. C. Qui po. in pig. Ergo nec ille qui in reficiendam vel extruendam nauem credidit, quoniam illi duo inter se conferuntur & comparantur in d. l. quod quis.

Sed obijetur l. interdum 5. ff. Qui po. in pig. ubi is qui in reficiendam nauem pecuniam credidit, cæteris creditoribus potior est, quibus eadem nauis prius erat obligata. Resp. Hoc sic accipiendum est, eum cæteris esse potiozem, si modò illi nauis etiam pignori obligata est. Non enim illic agitur, quomodo nauis obligetur pignori, sed ex illis, quibus obligata est nauis pignori diuersis temporibus, quis sit potior quæritur. Ille igitur potior erit, qui ad nauem reficiendam pecuniam credidit, quamuis postorius crediderit, dummodò huic quoque nauis pignori obligata sit, quod sit expressa conuentione.

Secundò opponitur hoc argumentum. Vbi eadem est ratio, idem quoque ius statuendum est. Verùm eadem ratio obtinet in creditore in refectiõnem nauis pecuniam credente, quæ in illo creditore valet, qui ad restitutionem domus ruinosa nummos credidit, qui tamen habet tacitam hypothecam in domo  
restaurata

restaurata l. i. ff. In qu. ca. pig. ta. cont. Nam idè ille qui ad restitutionem ædium pecuniam credidit, habet tacitam hypothecam, quia eius pecunia saluam fecit totam domum. Eodem modo competit illi tacita hypotheca, qui ad reficiendam nauem pecuniam credidit, quia eius pecunia saluam fecit totam nauem. Resp. Non est eadem ratio reficiendi ædificij, & nauis, aut alterius rei conseruandæ. Nam in reficiendis ædibus versatur publica utilitas, ne scilicet ruinis deformatur aspectus vrbis. l. 2. C. de ædif. priua. Quæ ratio cessat in refecta nauis, vnde pignus in ea non contrahitur, nisi de eo generaliter aut specialiter conuenit. Ita ~~tradunt~~ tradunt, Donel. de pigno. c. 5. & Contra. lib. 4. Com. c. 17.



[Heavily obscured text, likely bleed-through from the reverse side of the page.]

[Heavily obscured text, likely bleed-through from the reverse side of the page.]

ASSERTIO LXXVIII.

*Unica interpellatio constituit debitorem in mora.*

**P**ROBATVR hæc sententia in l. Titia. §. vsuras. de leg. 2. vbi habetur, quòd semel moram interuenisse sufficiat: quibus verbis innuit Paulus, quòd vnica interpellatio facta oportuno loco & tempore sufficiat ad creandam moram. Idem probat l. qui decem 72. in verb. si aliquando interpellatus non soluit. ¶ de solut. Quod autem dicitur de vnica interpellatione, id ita accipiendum est, quòd vnica interpellatio, id est, admonitio coram testibus nuncupata, debitorem in mora constituat: ita tamen vt non omittatur repetendi debiti instantia. l. mora 32. in prin. ¶ de vsur. vbi dicitur, quòd mora committitur, si interpellatus non soluat. Vnica ergo interpellatio ad constituendum quem in mora sufficit, modo tamen creditor post interpellationem vrgeat & instet pro solutione. Instantia post interpellationem perseuerare debet, sed non repetenda est interpellatio, nec iterum cogendi testes. Interpellatio nanque est admonitio, qua fit testatò, soluendi vel accipiendi eius quod debetur. l. qui Romæ. §. coheredes. de V. O. Cuiac. ad Africa, in l. cum patrifam. 27. ¶ de vsur. Hanc sententiam Gl. Bart. & Iaf. comprobant, in d. §. coheredes, & alij quos recenset & sequitur Menoc. de arbit. iud. lib. 2. cent. 3. casu 220. Ratio decidendi est, quòd legibus cautam est, interpellatione quem in mora constitui, l. si ex legati. de V. O. l. denuntiasse. ¶ ad l. Iul. de adul. Dispositio autem in primo actu verificatur. arg. l. boues. §. hoc sermone ¶ de V. S.

Sunt tamen qui tenuerunt, vt in mora quis constituatur, duplicem interpellationem necessariam esse, vt Ferretus in libello



de mora, quem secutus est Coraf. lib. 2. Mife. c. 6. & Costal. in d. l. mora. Quorum sententia ut noua, ita à vero aliena est. Neque eam confirmat Martiani responsum in d. l. mora. vers. & non sufficit, quia licet vna interpellatio debitori facta in mora eum constituit, tamen si ea procuratori vel seruo, absente debitorum fiat, vna non sufficit: l. item veniunt. §. petitam. vers. ponamus. ¶ de pet. her. fieri enim potest, ut ea interpellatio propter procuratoris aut serui negligentiam ad domini notitiam non perueniat. Nec verum est, in d. l. mora. dominum esse interpellatum, quod tamen Coraf. ex istis verbis textus colligit, cum etiam si ipsi domino denuntiatum est, vbi verbum sufficiat, affirmatiuè subaudiendum est, ut hic sit sensus, etiam si sufficiat semel ipsi domino personaliter denuntiare; non tamen sufficit, si semel mediante persona serui vel procuratoris, domino denuntietur; ut rectissimè meo iudicio interpretatur Meno. d. loco, num. 30.

Eodem modo etiam alijs IC<sup>orum</sup> responsis Corafius & Ferretus non adiuuantur: nam ex eo, quod in l. Æmilius. ¶ de minor. dicitur, venditorem sæpè tutoribus denuntiationes fecisse, non inferitur, plures denuntiationes, ut in mora quis constituitur, esse necessarias, cum venditor denuntiationibus tutores in mora non constituat, sed à lege commissoria venditioni adiecta recedat. d. l. Æmilius. vers. dicebam. diei enim lapsu tutores in mora constituti erant (cum dies contractibus adiecta interpellaret pro homine) l. magnam. C. de contr. stip. non verò interpellationibus à debitore factis.

Sic etiam eorum sententia non corroboratur ex eo, quòd in l. si mandato 39. §. ille illi. ¶ Manda. sæpè conuentum mandatorum, in d. §. coheredes, sapius testatò conuentos tutores dicatur, quia ex facto ita casus ibi euenerat. Neque enim omnia quæ ex facto contingunt, de iure necessaria sunt. Neque verum est, quòd in præiudicialibus, qualis est mora, instanter & sapius contestatio faciendâ sit, quòd pro ratione suæ opinionis adfert Coraf. d. c. 6. quia cum debitor prima denuntiatione sciat, quid sibi sit faciendum, faciliè ne in damna ex mora prouenientia cadat, præcauere potest.

## ASSERTIO LXXIX.

*Sola oblatio sufficit ad euitandam pœnam, & purgandam moram: sed plenissimam liberationem parit oblatio, consignatio, & depositio.*

**H**ANC thesin probat l. qui Romæ. §. Seia. de V. O. l. obfignatione. C. de solu. l. si per te. & l. acceptam. C. de vsur. l. tutor 28. §. 1. ¶ de adm. tuto. Quòd sola oblatio moram impediât, probat d. §. Seia. vbi qui pecuniam reliquam obtulerat, non tenetur ad vsuras pecuniæ residuæ ex administratione tutelæ debitæ. Oblatio enim sola facit, ne quis ex eis causis obligetur, quæ ex mora originem ducunt, quoniam qui offert, non est in mora. Ergo vsuras quoque non debet, quæ ex mora profluxerunt. Sola oblatio sistit vsuras ex mora debitas.

Obstat l. si creditrici & l. acceptam. C. de vsur. vbi debentur vsuræ, nisi fiat obfignatio & depositio. Respondendum, quòd istæ leges accipiendæ sunt de vsuris debitis ex stipulatione, quæ non desinunt deberi, nisi accedat consignatio & depositio. Et hæc fuit sententia Ioannis, in d. l. acceptam, quæ confirmatur à Cuiac. in d. §. Seia.

Secundò obijcitur l. tutor. 28. §. 1. ¶ de adm. tut. vbi tutor tum demum liberatur ab vsuris ex administratione tutelæ debitis, si finita tutela reliqua obtulit, & obfignata deposuit. Ergo sola oblatione vsuræ ex mora debitæ non sistuntur. Resp. Ideò in eo casu non sufficit sola oblatio, quia non rectè potest tutor finita tutela reliqua puberi soluere, nisi & petierit curatorem ei dari. l. 5. §. si tutor. ¶ de adm. tut. & deinde rationes curatori reddiderit, quia solus pubes non est idoneus & capax, ut coram eo reddantur rationes, & reliqua soluantur. Ideoque per solam oblationem reliquorum quæ ex tutela debentur, non potest pubes in mora constitui, sed requiritur præter oblationem consignatio & depositio. l. si reus 73. ¶ de procu. l. ait Prætor. §. 1. ¶ de mino. l. 5. C. de adm. tut. Vnde etiam statuitur in l. ult. C. de vsur.



de vsur. pup. quòd si tutor offerat se paratum esse rationes reddere, & reliqua soluere, & sapius denunciationibus interpositis puberem ad iudicium prouocet, & pubere hoc contemne, ad extremum apud acta ius dicentis protestetur, se paratum esse parem rationem facere cum pupillo, tunc liberatur ab vsuris pupillaribus, sine vlla consignatione & depositione.

Nec obstat d. l. ait Prætor. §. i. de mino. quia ibi non dicitur, tutorem vel alium debitorem præcisè teneri pecuniam consignare & deponere ad inhibendas vsuras, sed tantum conditionaliter, videlicet eo casu, quo debitor non vult soluere curatori parato recipere, metu restitutionis in integrum: itaque tunc deponet pecuniam, quo facto ab omni periculo restitutionis securus erit, & à tempore depositionis plenissimè liberatur. Ita etiam intelligenda est d. l. tutor. in fin. quòd per solam oblationem pupillaris pecuniæ, tutor non erit plenè liberatus à restitutione in integrum, vnde nihilominus vsuræ current, nisi legitime deponat reliqua ex tutela debita. Pulchrè Molin. in tract. de vsur. quæst. 39. Hotom. de vsur. c. 4. Requiritur autem obsignatio & depositio, ad hoc, vt omnis tollatur obligatio, & plenissima sequatur liberatio. d. l. acceptam. & d. l. obsignatione. Hæc liberat ab omnibus vsuris tam ex mora iudicis officio, quam ex stipulatione debitis, siue præterita sint, & currere ceperunt, siue futurae sint, & nondum currere ceperunt. d. l. si creditrici, & d. l. acceptam. vbi Bart. l. vlt. C. de pig. act.

Illud præterea sola oblatio facit, vt poena non committatur. l. Celsus. §. vlt. de arbit. Verùm speciale est in emphyteusi, vt ad euitandam poenam expulsionis, deponatur & obsignetur annuus canon. Ratio est, quia lex satis prolixum spacium indulget emphyteutæ ad offerendam pensionem, triennium scilicet: qui ergo in vno releuatur, in altero debet grauari. l. 2. & ibi Coraf. C. de Iu. emph.

Tertiò sola oblatio liberat debitorem, si res oblata sine culpa eius interierit, & periculum transfert in creditorem. l. qui decem. de solu. l. huiusmodi. §. si cui homo. de leg. 1. Et hoc locum habet, si creditor omninò recusauit pecuniam accipere: nam si procrastinauerit, quasi alia die accepturus, non statim periculum

periculum post oblationem ad creditorem pertinet. l. creditor 102. de solu. Ibi creditor oblatam pecuniam non reiecit, sed in alium diem distulit, postea ea pecunia à magistratu prohibita vel diminuta est quasi ærosa, id est, æris nimium admixta habens: lex ait ob id creditorem non cadere à sua actione, quòd interim pecunia oblata fuerit. Nam aliud est pecuniam reijcere, aliud differre: non omnis qui differt, moram facit. Sola igitur oblatio debitorem non liberat ab interitu, sed ita demum, si creditor recuset accipere, non si ex iusta causa differat.

Quartò sola oblatio soluit *antichresin* l. ex prædijs xi. C. de vsur. Antichresis est multò grauior quàm vsura, & ideò facilius finitur, quàm vsura.

Denique sola oblatio liberat debitores fisci à publicis debitis, ne in commissum cadant prædia propter non solum tributum. l. 1. C. de suscep. & arca. Hi sunt quinque effectus solius & nude oblationis. Pulchrè Cuiac. ad Africa. in l. si soluturus 39. de solu. Oblationis & depositionis sunt vberiores effectus, quia facta oblatione & depositione liberatur pignus. l. vlt. C. de pig. act. inhibetur actio personalis, hypothecaria, venditio pignoris, sistuntur vsuræ quomodocunque debita, pecuniæ oblatae & depositæ periculum integrè pertinet ad creditorem. d. l. 2. l. si creditrici. & d. l. acceptam.

#### ASSERTIO LXXX.

*Cum dies & poena est in obligatione, mora purgatio non admittitur.*

**H**æc decisio vera est, siue dies à contrahentibus expressè sit addita solutioni, siue dies tacitè insit solutioni ex lege. l. magnam. C. de con. stip. l. 2. C. de Iu. emp. l. traiecitia. de obl. & act. l. vlt. de nau. foen. Debitor qui sub poena debebat ad certum diem quid dare vel facere, si post diem offerat, serò offert, non euitat poenam semel commissam, moram non potest emendare. d. l. traiecitia. Idem seruatur in specie l. Celsus. de recep. arb. vbi arbiter iussit dari certa die, ea die



non est datum, commissæ est pœna compromissi: verum si post diem offeratur, an euanescit pœna compromissi? minimè. d. l. Celsus. Idem est in lege commissoria, quæ ita fit, si ad diem pretium non solueris, res inempta esto: pretium ad diem solutum non est, lex vel conditio emtionis commissæ est, & res censetur inempta, & si post diem pretium offeratur, frustra offertur. l. si fundus. §. vlt. ꝛ de l. commif. Ratio huius decisionis est, quia inter contrahentes id agi intelligitur, vt qui pecunia non soluta, semel in pœnam incidit, se ab ea liberare non possit: ne alioqui dies & pœna frustra obligationi adijciantur: seueriores enim & acerbæ sunt huiusmodi præscriptiones, & rem summo iure agi volunt.

Opponitur huic sententiæ l. sancimus. C. de fideiuf. & l. et si post tres. ꝛ Si quis caut. Species facti est. Quidam promissit se iudicio fisci certa die, item adiecit pœnam, ni ea die iudicio stetit. Queritur si post diem se sistat, an euaserit pœnam: lex ait euasisse, idque assequi eum exceptione.

Dicendum, in hac re differentiam constituendam esse inter stipulationes conuentionales, & prætorias. Stipulatio iudicio fisci est prætoria, nec contrahitur arbitrio contrahentium, sed prætoris arbitratu. Cõuentionales stipulationes strictiores sunt. l. in conuentionalibus. de V. O. Quæ a prætorè concipiuntur, laxiores sunt, in his sibi contrahentes non prospexerunt, & ideo lex benignius interpretatur. Ideoque in ijs intra modicum tempus emendatur mora, si quis post moram se sistat, dummodo nihil interfit actoris, nec ex mora ius eius factum sit deterius. Baro ad §. vlt. Inst. de societ.

Opponitur etiam l. si insulam. de V. O. & similes. Species facti. Quidam promissit se facturum insulam, tempus transijt, quo potuit edificare. Ergo moram fecit, poterit igitur statim conueniri æstimationis nomine, sed ante litem contestatam edificando liberatur, ergo post moram purgat se. Hoc facile expediri potest, quia nulla dies fuit adscripta, nulla pœna, nullaque conditio. Nos loquimur de debitore ad diem & sub pœna obligato.

ASSERTIO

## ASSERTIO LXXXI.

*In obligationibus quæ diem habent, lapsus diei constituit debitorem in mora, nec interpellatio requiritur.*

**D**EBITOR solo diei lapsu incidit in moram, puta si debitor ad diem pecuniã vel aliam rem promissit sub pœna, vel vsuræ promissæ sunt stipulatione, vel solo pacto, aut si post moram debentur in bonæ fidei iudicijs: tunc enim ex solo die mora contrahitur, quia debitor intelligere debet se dare oportere. Itaque solo diei lapsu incidit in pœnam, vel vsuras. l. magnam. C. de con. stip. l. 2. C. de iu. emp. l. si fundus. §. vlt. ꝛ de l. commif. l. pecuniæ 9. §. 1. ꝛ de vsur. vbi dicitur, vsurarum stipulationem, quamuis debitor non conueniatur, committi, hoc est, statim committuntur vsuræ ante interpellationem. Dies enim interpellat pro homine. l. cuiusvis 18. in prin. ꝛ de vsur. l. si fundum 114. ꝛ de V. O. l. hominem. ꝛ Manda. Ratio est, quia id actum videtur, vt qui falleret ad diem, statim incideret in pœnam & vsuras. l. traiecitia. ꝛ de obl. & act. Quoscunque ergo effectus mora interpellatione contracta in iure producit, eosdem & hæc soluendi cessatio operatur, vbi certa dies præstituta est, etiamsi nulla præcessit admonitio. l. et si post tres. ꝛ Si qu. caut. l. stipulationes non diuiduntur. §. vlt. l. si ita quis 135. §. Scia. de V. O. Itaque sicut periculum interitus post moram interpellatione commissam, pertinet ad debitorem, ita & præstituta die sine vlla admonitione elapsa, periculum interitus vel deteriorationis debitori incumbit. l. si Stichus 33. de V. O. Sic fructus & vsuræ similiter a tempore lapsus diei debentur, quemadmodum & cuiuscunque alterius interpellationis l. cum quidam. §. vlt. ꝛ de vsur. l. Lucius 47. ꝛ de act. emp.

Obijcitur regula iuris, qua dicitur, diem videri adiectum gratia debitoris, l. cum tempus. de R. L. ideoque nec per euentum diei debitor constituitur in mora. Resp. Quod dicitur, diem existimari adiectum fauore debitoris, hoc ita accipiendum est, quod interuallum siue spacium intermedium censeatur fauore debitoris



debitoris adiectum. l. si ita relicum. 43. §. Pegasus. de leg. 2. Verum negare, momentum diei aduenientis magis proficere creditori, quam debitori, plane absurdum est. Vnde tristes & miseræ dicuntur Calenda, quod aduentus illarum debitoribus sit infelix, quamuis medium interuallum sit illis fauorabile. Pulchrè Rober. lib. 2. sent. iu. c. 17. vbi hanc communem DD. sententiam eruditè defendit.

Secundò obijcitur, quod generaliter & indistinctè traditur, nullam esse moram, vbi nulla petitio, id est, interpellatio est. l. nulla. de R. I. Item vnumquemque moram ita facere, si interpellatus non soluit. l. mora. §. de vsur. l. si ex legati. de V. O. Resp. Hæc accipienda sunt ijs casibus, quibus interpellatio ideò necessaria est, vt debitor scire possit, quando creditor sibi velit solui. Verum eum qui ad diem obligatus est, superuacuum est interpellari, cum sciat ex natura obligationis, quod certo tempore id facere debeat. Donel. de mora. c. 2.

ASSERTIO LXXXII.

*Vsuræ in stricti iuris iudicijs, non nisi per stipulationem debentur.*

**H**æc inter bonæ fidei actiones, & stricti iuris est differentia prodita, quod in illis ex mora vsuræ debentur, l. mora. §. in bonæ fidei. de vsur. In stricti verò iuris iudicijs non nisi ex stipulatione debentur: & ne quidem à tempore litis contestatæ. l. 3. C. de vsur. l. Titius. §. de præf. ver. Falsa igitur est Corasij lib. 2. Misc. c. 7. & Costalij ad l. videamus. 2. de vsur. sententia, qui volunt, vsuras post litem contestatam semper deberi in stricti iuris iudicijs, etiamsi per stipulationem non sint promissæ.

Nihil facit pro eorum sententiæ confirmatione l. lite. §. de vsur. vbi dicitur, quod lite contestata vsuræ currunt. Nam ea est istorum verborum sententia, quod lite contestata vsuræ non desinant deberi, & quod cursus earum per litem contestatam non interrumpatur, si scilicet ante per stipulationem sint promissæ.

missæ. l. 1. C. de iudic. Nam quo modo vsuras tandem petet, cui non sunt promissæ: d. l. Titius. Non dicit lex, à lite contestata incipere vsuras deberi, quæ ante litis contestationem non debebantur, sed dicit, non desinere vsuras deberi propter litem contestatam; hoc est, vt vno verbo dicam, vsuræ quæ ante litis contestationem debebantur, non cessant currere, sed perseuerant post litem contestatam currere. Idè autem Paulus id in d. l. lite, respondit, quia iusta ratione dubitari poterat, an per litis contestationem desinerent vsuræ deberi. Cum enim per litis contestationem nouatio quædam contrahatur, l. aliam. §. de noua. videbatur dicendum, vt sicut principalis obligatio nouatione extinguitur, ita & vsurarum: sed hoc nihil obstat, quia hæc est nouatio necessaria: quæ meliorem solet facere conditionem creditoris, non deteriore. l. non solet 86. de R. I.

Secundò obijcitur l. vsuræ. §. de vsur. vbi dicitur, vsuras fructuum vicem obtinere: atqui fructus post litem contestatam debentur, ergo & vsuræ. l. videamus. §. si actionem. §. de vsur. Resp. Vsuræ fructuum quidem vicem obtinent, sed hoc in legatis, fideicommissis, & bonæ fidei iudicijs obseruatur, vt allegata lex seipsam declarat. Molin. in tract. de vsur. quæst. 73. num. 552. hanc l. ita accipit, quod vsuræ succedunt in locum fructuum, nec debent à fructibus separari, id est, non debent seorsim vtraque exigi, nisi quatenus vnum ex ijs alterum excedit, quia ratione vnus rei non debet duplex accessio exigi: Itaque fructus si qui sunt percepti, debent cum vsuris compensari: & si amplius vsuræ pecuniæ, quam fructus prædij efficiant, tunc superfluum vsurarum licebit exigere. l. emtor 65. §. de rei vend. vbi emtor fundum à non domino emtum, domino restituere condemnatus, cum eundem fundum à non domino oppignoratatum redemisset, vsuras pretij persoluti cum fructibus ex prædij perceptis compensat, nec separatim fructus percipere, & vsuras exigere potest, nisi quatenus vsuræ fructuum pretium excedunt.

Tertiò obijcitur l. 1. & 2. C. de vsur. lega. vbi dicitur, heredem teneri ad vsuras legatorum à tempore litis contestatæ: atqui legata bonæ fidei iudicijs adæquata sunt. l. in minorum. C.



In qu. cau. in int. rest. in quibus post moram debentur vsuræ. Resp. Quod dicitur, vsuras legatorum deberi post litem contestatam, intelligendum est, si mora non præcesserit litis contestationem, puta si heres iudicium suscipere paratus erat. Alias si per extraiudicialem interpellationem heres sit in mora constitutus, tunc etiam ante litem contestatam debentur vsuræ ex legatis. l. 3. §. cæterum. ff. de vsur. Gouea. ad l. Diui 83. ff. ad l. Falcid. Hotom. lib. 1. de vsur. vbi notat, interpretes ferè omnes vno consensu hunc locum ita explicare.

ASSERTIO LXXXIII.

*Sola præstatio vsurarum longo tempore facta, non inducit obligationem vsurarum in futurum.*

**D**IUTURNA præstatio vsurarum non constituit obligationem vel actionem, quæ non fuit ab initio. tex. sunt in l. creditor 7. C. de vsur. l. si certis 28. C. de pact. l. operis 31. ff. de op. liber. l. vlt. C. Ne vx. pro mar.

Obstat huic sententiæ l. cum de in rem verso. 6. ff. de vsur. vbi vsuræ præstitæ longo tempore, in posterum præstari debent ob id, quod longo tempore præstitæ sunt Resp. quod non ex sola præstatione longo tempore facta, tenetur ibi vsuras debitor in posterum soluere, sed quia ex iusta & legitima obligationis causa præstitit. Itaque præter longi temporis præstationem accessit habilis & legitimus titulus, ex quo tamdiu debentur vsuræ, quoad contrarium probetur. Longi ergo temporis vsurarum præstatio ex iusta causa obligationis facta, non constituit obligationem vel actionem, quæ non fuit ab initio, sed obligationis & tituli præsumtionem inducit, donec probetur contrarium. d. l. cum de in rem verso. & ibi plenè Bart. l. litibus. & ibi Cuiac. C. de agric. & cens. lib. xi. Molin. in tract. de vsur. quæst. 20. num. 209. & seqq. Specu. in tit. de locato. §. nunc aliqua. q. 63. vbi decidit, quod si emphyteuta decem annis soluit de fundo suo domino directo antiquum canonem, & recuset ulterius soluere, quod dominus interim in possessione sua

sua tuendus est, donec ab emphyteuta contrarium probetur.

Secundò obijcitur l. 1. C. de fideico. vbi dicitur, si legatum annuum alimentorum præstitum sit continuo triennio, in futurum etiam perpetuò præstari debet. Ergo præstatio certi temporis annorum obligationem constituit. Resp. Diuturna præstatio annua perpetuat obligationem in futurum, singulari favore alimentorum. Nam si quis alimenta, quæ constat esse legata, sed dubitatur, perpetuòne an ad tempus sint relicta, per triennium præstiterit, hoc satis est, vt perpetuò debeantur. Castren. ad d. l. si certis, vbi tradit, communiter DD. hanc opinionem tenere.

ASSERTIO LXXXIV.

*Pœna conuentionalis duplum excedere non potest.*

**Q**UIS sit modus pœnæ conuentionalis, quæ adijcitur stipulationibus, & alijs contractibus, variant interpretes. Quidam enim hunc modum duplum excedere non posse tradunt, iuxta l. vnic. C. de sent. quæ pro eo quod inter, &c. Alij vsque ad legitimum vsurarum modum extendunt iuxta l. Iulianus. §. ibidem Papinianus. ff. de act. emp. & l. cum allegas. C. de vsur. Alij quadruplum eum non excedere tradunt. iuxta l. mulier. in fi. C. de sponsal. & l. si dictum. in prin. ff. de euict. putant. Azo verò in d. l. vnica, in ea sententia est, quod pœna conuentionalis, quantacunque ea sit, exigi possit: idque per l. stipulatio ista, §. alteri. ff. de V. O. Quibus omnibus doctè & copiosè refutatis, modum pœnæ conuentionalis in casibus certis duplum, in casibus verò incertis, quod verisimiliter stipulantis interest, excedere non debere, iuxta d. l. vnic. docet Molina. in explic. labyrinthi de eo quod interest, in 9. quæst. princ. num. 159. cum multis seqq. Quæ sententia iuri & æquitati consentanea est.

Sed obijcitur d. §. alteri. vbi Vlpian. respondit, pœnam cum stipulamur, non illud inspicitur, quid interfit, sed quæ sit quantitas, conditiove stipulationis. Resp. Hoc non eò pertinet, vt



quoad executionem inspiciamus, quantum ex ea stipulatione debeat, quod Azo putauit, sed quoad validitatem & efficaciam stipulationis inspiciatur, quæ sit quantitas, quemadmodum & quæ sit conditio pœnalis stipulationis, vt si impossibilis vel turpis sit conditio, non valeat stipulatio; vt pariter si immoderata sit quantitas, non valeat stipulatio.

ASSERTIO LXXXV.

*Improbus fœnerator extra ordinem criminaliter puniri potest.*

**Q**UOD criminaliter extra ordinem iudicis arbitrio puniri possunt improbi fœneratores, notant DD. ad l. improbum. C. Ex qu. cau. irr. infa. Clar. lib. 5. sent. §. vsura. vers. & si ex hoc. num. 5. Meno. de arb. iud. lib. 2. cent. 4. casu 398. Molin. in tract. de vsur. num. 156. vbi testatur, hanc sententiam in Parisiensi parlamento seruari.

Probatur hæc decisio duabus firmissimis rationibus: Prima est, quia improbi fœneratores dolosè agunt, cum vltra præscriptum à Legibus modum scienter vsuras exigunt, atque idè in stellionatus crimen incidunt. l. 3. §. Stellio. vbi I. C. docet, stellionatus crimen obijci illis qui dolo quid faciunt, si in nullum certum crimen incidat deceptio: est autem crimen stellionatus arbitrarium. l. 2. 3. §. Stellio. Quare & iudex pro arbitrio de pœna huius delicti statuere potest. Altera ratio est, quòd pro quolibet delicto priuato, ratione interesse publici proceditur ad pœnam extraordinariam. l. vlt. §. de extraor. crim. l. locatio 9. §. quod illicitè. §. de publica. & vult. ne delicta maneant impunita.

Obijcitur, quòd nusquam iure reperitur expressum, arbitrio iudicis criminaliter puniri debere improbos fœneratores. Resp. Licet pœna ordinaria non sit statuenda in aliquem, nisi id iure sit expressum, l. etsi quis 14. §. Diuus. §. de relig. §. cum igitur. No. de non elig. sec. nub. Meno. de arb. iud. lib. 2. cent. 3. casu 226. non tamen iudex prohibetur idè ob causas prædi-

prædictas extra ordinem criminaliter improbum fœneratorem punire.

Secundò in contrarium disputatur, quòd debitor sciens & volens maiores vsuras præstat: atqui scienti & volenti nulla fit iniuria & dolus. l. cum donationis. C. de transf. l. nemo videtur 145. de R. I. ideoque de iniuria conqueri non potest, & proinde fœnerator non est extra ordinem puniendus, cum absit dolus aut delictum. Resp. Præterquam quòd debitor non volens, sed potius necessitate coactus, vt scilicet consequatur pecuniam, qua necessariò indiget, maiores vsuras promittit ac præstat: facit hoc etiam ad pœnam hanc irrogandam, quòd dolus inest huic facto, quòd creditor contra præscriptum legum, maiores atque illicitas vsuras exigit, vnde & crimen stellionatus committit, & consequenter ratione publici præiudicij pœna extraordinaria vsurarius puniri potest. Huc accedit, quòd fœnerator contemnit leges latas pro vtilitate publica, qui contemtus legum & principalium mandatorum, extra ordinem iudicis arbitrio puniri potest. Meno. d. lib. 2. cent. 4. casu 365.

Denique aduersatur, quòd dolus criminaliter puniri non potest, quando is purgari potest actione ex contractu, in quo dolus interuenit. l. & eleganter. in princ. §. de dolo. Atqui vsuræ supra licitum modum datæ conditione indebiti repeti possunt. l. si non sortem 26. in princ. §. de cond. inde. l. indebitas 18. C. de vsur. Resp. Hoc non impedit pœnam extraordinariam, cum quòd d. l. & eleganter, nihil caueat de pœna extraordinaria, quæ ratione publici interesse infligitur, tum etiam quòd regula illa tantum obtineat, quando dolus consistit in finibus contractus, nec materia apta sit ad crimen producendum. At fœnus improbum non exercetur tantum in fraudem eius qui soluit vsuras, sed etiam in fraudem legis prohibentis illicitas vsuras exerceri. Ergo cum materia idonea sit ad producendum crimen, consequens etiam est, pœna extraordinaria crimen vendicandum. Meno. de arb. iud. lib. 2. cent. 4. casu 398.



## ASSERTIO LXXXVI.

*In stricti iuris actionibus fructus non veniunt nisi à tempore litis contestatae.*

**P**ROBATVR hæc decisio in l. videamus 39. §. si actionem. ñ de vsur. l. si filiusfam. 78. §. vlt. de V.O. vbi traditur, quòd fructus in stipulatione, alijsque stricti iuris contractibus actori non debentur, nisi post litem contestatam.

Opponitur l. in conuentionalibus 52. §. vlt. de V.O. vbi dicitur, quòd quando quis fundi vacuam possessionem tradi stipulatus est, quòd ista stipulatio contineat causam bonorum, ergo & fructus veniunt. Si enim hoc efficitur ista stipulatione, vt res tradita sit in bonis stipulatoris, hoc est, vt sit in eius dominio, vel bona fide ab eo possideatur, l. bonorum 49. de V.S. sequitur vt etiam fructus eius efficiantur. Nam cuius in dominio res est, siue à quo bona fide possideretur, fructus eius fiunt, l. qui scit 25. in princ. & §. 1. ñ de vsur. Resp. Fructus non veniunt nisi à tempore litis contestatae in stricti iuris actionibus. Quod verò dicitur, quòd ista stipulatione efficiatur, vt res perueniat in bona stipulatoris, hoc ita intelligendum est, vt promissor ad tradendum obligatus, teneatur efficere, vt res perueniat in bona stipulatoris, statim à tempore traditionis; vtque non aliter satisfiat promissioni, quam si efficiat, vt vacuam liberamque possessionem rei tradita in stipulatorem transferat: qua traditione facta consequitur & fructus tanquam commoda possessionis, à tempore traditionis scilicet.

Secundò obijcitur l. si stipulatus 4. ñ de vsur. vbi dicitur, si quis stipulatus sit rem dari, vacuamque possessionem tradi, quòd fructus postea capti petuntur actione ex stipulatu. Cùm qua lege è diametro pugnat l. 3. §. 1. ñ de act. emp. in qua fructus in actione ex stipulatu, cùm quis vacuam possessionem tradi stipulatus est, Pomponius venire negat. Acc. Bart. & communiter DD. hanc antinomiam ita conciliant, quòd in stipulatione rem dari, vel vacuam possessionem tradi, separatim facta

non veniunt fructus, sed in duabus his stipulationibus simul iunctis, rem dari, vacuamque possessionem tradi, fructuum ratio habetur. Adiectio enim hanc vim habet, vt coniuncta faciant, quorum neutrum per se faceret, cùm adiectio aliquid debeat operari. Acc. & Bart. in d.l. 4. Verbo enim dari, satis aperte significatur rem ipsam eiusque dominium transferri. Ergo ne hæc verba, vacuamque possessionem tradi, otiosè videantur adiecta, coniunctio ista operatur, vt hoc actum videatur inter stipulantes, vt non solum res ipsa detur, sed etiam fructus præstentur, seu vt præsens rei traditio fiat, quæ secum adfert fructuum perceptionem. Donel. ad d.l. in conuentionalibus. §. vlt. num. pen. & vlt. ñ de V.O.

Tertiò opponitur, quòd in l. fructus. ñ de rei vend. dicitur, quòd fructus pendentes sint pars fundi. Ergo ij saltem fructus debentur ex stipulatione, qui tempore stipulationis fundo coherent, cùm qui totum stipulatur, etiam partes eius censetur stipulari, quia in toto & pars continetur. Resp. Quòd fructus dicuntur pars fundi, hoc verum est in realibus actionibus, non in personalibus, quia in realibus omne id peti potest, quod ex re propria actoris prouenit & superest, ideoque & fructus peti possunt ex fundo actoris percepti. Bart. ad d.l. si filiusfam. §. vlt.

## ASSERTIO LXXXVII.

*Malæ fidei possessores non tantum de fructibus perceptis, sed etiam percipiendis tenentur.*

**G**ENERALITER malæ fidei possessor tenetur de omnibus fructibus, non solum quos percepit, sed etiam quos percipere potuit, l. si nauis 62. §. vlt. ñ de R.V. Sic is qui metum intulit, tenetur actione quod metus causa, non solum perceptorum, sed etiam fructuum percipiendorum nomine, l. sed & partus 12. ñ. Quod met. caus.

Obijcitur l. si fundum. C. de rei vend. vbi dicitur, malæ fidei possessorem de fructibus perceptis teneri. Resp. Quòd ibi dicit Imp. malæ fidei emptorem præstare fructus perceptos, hoc ex alijs



alijs legibus supplendum est, vt etiam de fructibus quos percipere potuisset, & debuisset, teneatur, vt in d. §. vlt. & l. ait Prætor 10. §. per hanc. ¶. Quæ in frau. cred. & alijs, etiamsi malæ fidei possessor titulum habeat. l. domum. C. de rei vend. Non affirmat d. l. si fundum, eum teneri tantum de fructibus perceptis. Malæ ergo fidei possessor de omnibus fructibus restituendis tenetur. Ita rectè contra Accurs. defendit Cuiac. in d. l. 12.

ASSERTIO LXXXVIII.

*Bonæ fidei possessor, qui postea cognouit rem esse alienam, cum effectu fructus suos non facit.*

*frigidius  
aut salis  
commiserit  
vix a ple  
rumque  
Bonæ fidei*

**M**AGNA & vehemens est antinomia inter l. qui scit 25. §. vlt. ¶ de vsur. vbi Iulianus ait, possessorem qui ab initio fuit bonæ fidei, & postea cognouit fundum esse alienum, fructus suos facere, & l. bonæ fidei. §. in contrarium. ¶ de acq. re. do. vbi Paulus ait, possessorem qui ab initio fuit in bona fide, & postea cognouit rem esse alienam, fructus suos non facere. Hæc iuris loca ad eò inter se pugnare notat Baro ad §. si quis à non domino, Inst. de rer. diu. vt sine manifesta calumnia conciliari non possint. Accur. tres solutiones adfert pro conciliatione harum pugnantium legum. Primò respondet, quòd §. vlt. in d. l. qui scit, procedat de æquitate, sed contrarium responsum de rigore iuris. Quæ solutio non est probanda, quia nulla æquitas militat pro eo, qui ex alieno cupit fructus acquirere: imò contra naturalem æquitatem pugnat, vt quis locupletetur cum alterius iactura. l. nam hoc natura 14. ¶ de cond. inde. Secunda solutio **Accur. est, quòd quæstio quæ in contrario responso mouetur, deciditur in d. l. qui scit. §. vlt.** Quæ etiam conciliatio nullius momenti est, quia in §. in contrarium, non tantum hæc quæstio proponitur, sed etiam definitur. Difertis enim verbis in eo I. C. distinguit vsucapionem à fructuum perceptione & acquisitione, quòd vsucapionem non impediatur mala fides superueniens, fructuum verò acquisitionem impediatur. Tertia est solutio Gl. quòd §. vlt. d. l. qui scit, ita accipiendus sit, quòd possessor

possessor qui ab initio habuit bonam fidem, & postea cognouit rem esse alienam, maneat quidem in possessione percipiendi fructus, donec res legitimo iudicio fuerit euicta & ablata. Verum contrarium responsum in d. l. bonæ fidei, referendum sit, ad restitutionem seu effectum acquisitionis fructuum, vt scilicet non ita fiant fructus possessoris, ex quo cognouit fundum esse alienum, vt restituere non teneatur, si postea euincatur res ipsa. Quæ solutio tanquam verissima amplectenda est, & iusta ratione constat. Nam ad plenam & solidam acquisitionem fructuum requiritur, vt possessor sit in bona fide, toto eo tempore, quo fructus acquirere contendit. Cum enim ex facto, id est, possessione bonæ fidei, fructuum perceptio dependeat. §. si quis à non domino. Inst. de rer. diu. certè si ea bona fides non perseueret, non etiam fructuum acquisitio durare debet. Summa ergo hæc est, quòd bonæ fidei possessor, quamdiu est in bona fide, pleno iure fructus sibi acquirit, postquam verò cognouit fundum esse alienum, interim quidem eos acquirit, id est, tantisper donec res euincatur. Ita accipienda est. d. l. qui scit. Verum si exitum euentumque iudicij respicias, cum effectu ei non acquiruntur. Nam re euicta, fructus ab eo tempore, quo cognouit rem esse alienam, & fuit in mala fide, restituere tenetur. Ita tradit Cuiac. ad d. §. si quis à non domino. & ad l. quæsitum 40. ¶ de adq. rer. do. in tract. ad Afric. Fachin. lib. 1. contro. c. 59. Aliter decidit Donel lib. 4. com. iur. c. 24.

ASSERTIO LXXXIX.

*Bonæ fidei possessor, etiam extantes fructus industriales restituere tenetur, contra DONELLVM.*

**B**ONÆ fidei possessor fructus ex aliena re perceptos, tam industriales quàm naturales lucratur, si modò consumti sint. l. bonæ fidei 48. de acq. rer. do. §. si quis à non domino. Inst. de rer. diu. Consumtio confirmat dominium fructuum, ita vt iam eorum nomine conueniri non possit. Extantes tamen fructus etiam industriales officio iudicis restituere tenetur.



netur. l. certum. C. de rei vend. Hæc est vera & certa sententia communiter à DD. recepta: à qua tamen nouè discessit Donel. lib. 4. com. iur. c. 26. vbi tradidit bonæ fidei possessorem fructus industriales extantes pleno iure suos facere, neque eum ad restitutionem eorum teneri. Sed communis opinio DD. tanquam iuri consentanea, retinenda est, reiecta sententia Donelli, cuius argumentis & rationibus ordine respondebo.

Primò obijcitur hoc argumentum. Bonæ fidei possessor idem ius habet in percipiendis fructibus, quod dominus. l. qui scit 25. §. porrò. ꝛ de vsur. Atqui prædiorum dominus fructus statim suos facit absque consumptione. Ergo & bonæ fidei possessor. Resp. In eo comparatur bonæ fidei possessor domino, quòd exemplo domini acquirat fructus iure soli, etiam ab alio factos. Ita demum tamen eos pleno iure lucratur, si consumserit l. 4. §. post litem. ꝛ Fin. reg.

II. Obiectio. Maritus ex re donata ab vxore fructus industriales statim suos facit, vt restituere eos non cogatur. l. fructus 45. ꝛ de vsur. Item plus iuris datum est bonæ fidei possessori quam usufructuatio in percipiendis fructibus. d. l. qui scit. Sed fructuarius perceptione suos fructus pleno iure facit. Ergo, &c. Resp. In percipiendis fructibus bonæ fidei possessor & fructuarius eatenus comparantur, quòd vterque iure soli fructus suos facit, à quocunque facti sint, sed bonæ fidei possessor consumptione demum eos perfectè lucratur. d. l. 4. §. post litem.

Tertiò obijcitur l. in pecudum 28. ꝛ de vsur. vbi dicitur, agnos hoedos & vitulos statim pleno iure fieri bonæ fidei possessoris. Resp. Fructus statim fiunt bonæ fidei possessoris, vt scilicet vsucapione non indigeant. l. 4. §. lana. ꝛ de vsuca. sed tamen extantes tenetur restituere. Nam vt ait d. l. bonæ fidei. de acq. rer. do. possessor bonæ fidei fructus percipiendo suos interim facit, id est, quamdiu adhuc extant, non plenè eos lucratur, sed accedente demum consumptione, perfectè eos lucratur.

Quartum argumentum Donel. Nullo iure, nullaque actione fructus extantes industriales à bonæ fidei possessore peti possunt. Ergo eos lucratur. Primò non rei vindicatione, quia sunt bonæ fidei possessoris, non conditione sine causa, quia eos suos

suos facit pro cultura & cura, denique nec officio iudicis, quo ea præstantur, quæ post litem contestatam circa rem petitam eueniunt. l. ædiles 25. §. item sciendum. ꝛ de æd. edi. Resp. Et conditione sine causa, & officio iudicis fit restitutio fructuum extantium. Nam incidente mala fide, & re euicta, causa adquirendorum fructuum ad non causam redit. Atqui id quod alterius apud alterum sine causa est, condici potest. l. 1. in fi. ꝛ de cond. sine cau. Deinde etiam officio iudicis hi fructus restituantur. Nam & officium iudicis ad fructus perceptos ante litem contestatam pertinet, si modò extent. l. si fundus 16. §. in vindicatione. in fin. ꝛ de pigno.

## ASSERTIO XC.

*Fructus ex vsura legatorum à tempore mora debentur.*

QVOD heres non à litem contestatione tantum, sed à tempore moræ debeat legatorum & fideicommissorum vsuras & fructus, aperte traditur in l. 3. in princ. ꝛ de vsur.

Verum repugnat l. 1. & 2. C. de vsur. & fruc. lega. vbi dicitur fructus & vsuras legatorum ex eo die deberi, quo lis contestata est. Idem traditur in l. quæsitum 91. §. vlt. de leg. 1. Resp. ex sententia Accur. & Bart. hæc ita accipienda esse, si ante litem contestationem mora nulla præcesserit. Nam si mora commissã sit in legato & fideicommissõ præstando ante litem contestatam, tunc heres etiam ad fructus & vsuras legatorum tenetur à tempore moræ l. equis 8. & l. equis 39. ꝛ de vsur. l. si quis bonorum 23. de leg. 1. l. si quis seruo 84. de leg. 2. tex. ad literam in l. is qui fideicommissum 26. de leg. 3.

Secundò adfertur in contrarium hoc argumentum. Fructus speciei legatæ ad eum pertinent, qui ipsius rei dominus est. l. si tibi homo 86. §. cum seruus. de leg. 1. l. Herennius 42. ꝛ de vsur. Sed legatarius à die aditæ hæreditatis consequitur rei legatæ dominium. l. à Titio 64. ꝛ de furt. d. l. si tibi 86. §. cum seruus. Ergo & fructus legati ad eum pertinent à die aditæ hæreditatis, etiam ante moram hæredis. In hoc salebroso articulo ita dicendum videtur,



detur, quòd omnes fructus ante aditam hæreditatem lucro heredis cedant. l. quod seruus 38. de leg. 2. l. nihil 120. §. ult. de leg. 1. Adita hereditate heres fructus legatorum non facit suos, qui scit rem legatam esse, quia est in mala fide, & in mora restituendi legatum. l. quæsitum 40. & de acq. rer. do. d. l. Herennius. Quod si ignoret, debentur fructus à die moræ, si mora contracta sit. d. l. si quis seruo. de leg. 2. d. l. equis. de vsur. Sin minus, à tempore litis contestatæ. l. 1. & ult. C. de vsur & fruct. leg. Ita decidit Costal. ad l. 3. & de vsur. & eum ferè secutus Cuiac. lib. 3. sent. Pauli. c. 6. Vide aliter de hac quæstione subtiliter differentem Anto. Fabrum. lib. 7. coniect. c. 3. & 4.

## ASSERTIO XCI.

*Fratris testimonium iure non est admittendum.*

**A**n frater in causa fratris testis esse possit, quæritur? Et vulgò traditur à DD. quòd frater pro fratre in testem admitti possit, idque ex hac ratione, quòd nulla lege prohibitus videatur. Quibus autem lege non interdicitur testimonium, ij omnes sunt idonei testes.

Sed hæc sententia communis meritò reprobatur, ex hoc fundamento, quòd domesticum testimonium in iure nullam meretur fidem. l. pen. & de test. l. 2. C. eo. Domesticus autem testis dicitur, non solum qui habitat cum producente, & cui ipse imperare potest, sed & qui de eius familia est, quiq; ei propinqua agnatione & consanguinitate iunctus est. §. in testibus, & ibi Theop. Inst. de test. ord. l. item 6. & Quod cui. vni. no. l. vnic. C. de emend. propin. Duar. lib. 1. disp. c. 28. Quibus legibus fratres disertè referuntur inter domesticas personas, vnde & eorum testimonium meritò rejicitur. Altera prohibitionis ratio est, nimia affectio. Cum enim iudex ijs testibus fidem adhibere debeat, qui tam sanctè & incorruptè testantur, vt gratiæ vel fauori non cedant: sequitur, quòd propter nimiam beneuolentiam & necessitudinem, qua facile à vero abduci possunt, fratres sibi inuicem non sint legitimi testes. l. eos 4. C. de testib. Hæc etiam

etiam sententia euidenter iure Canonico comprobatur. in c. accusatores 12. 3. q. 5. vbi rescribitur, ne consanguinei accusatoris aduersus extraneos testimonium dicant, addita hac ratione, quia propinquitatis affectio veritatem impedire solet.

Huiusmodi ergo in hoc casu tenenda est distinctio, quòd aut fratres sunt in patris potestate, & tunc nec pro se, nec contra se possunt testificari, potestas enim facit, vt sit domesticum testimonium. d. §. in testibus. Aut sunt emancipati, & tunc in testamento alter alteri testis esse potest, in iudicialibus vero testimonijs, alter pro altero, vel contra alterum non admittitur. l. 4. & ibi Acc. & de testib. l. qui testamento. §. per contrarium. & de testam. Ita Vigl. & Wesem. contra communem DD. sententiam in d. §. in testibus, rectè decidunt. Ratio diuersitatis est, quia in testamentarijs causis non militat ea affectio, quæ in alijs negotijs. In testimonijs enim, quæ in testamentis adhibentur nihil acquiritur defuncto, nec de testatoris commodo agitur, sed hoc præcipuè spectatur, vt vltima voluntas defuncti exitum fortiatur. Alias certè si de eius commodo ageretur, pro quo testes producentur, fratres sibi inuicem testimonium præbere non possent. l. 2. & 5. C. de testib.

Obijcitur l. 4. & de testib. vbi frater prohibetur, ne inuitus dicat testimonium contra fratrem. Ergo à contrario sensu, pro fratre admittendus videtur, si velit. Resp. Neque contra fratrem, neque pro fratre testis esse potest. Ratio est, quia testis pro vtraque parte veritatem dicere debet. Ergo neque pro fratre dicere poterit testimonium, quia præsumitur plus affectioni & amicitiaæ fraternæ, quàm veritati tributurus.

## ASSERTIO XCII.

*Per verum naturam factum negantis nulla est probatio.*

**R**EGVLA hæc confirmatur multis legibus: primò per l. 2. & de proba. l. actor 23. C. eo. l. asseueratio. C. de non num. pec. Rationes huius regulæ duæ potissimum adferuntur. Prima est, quod non entis nulla sunt genera & propria,



pria, nullæ differentiæ aut qualitates, nullaque principia & causæ existunt: à quibus sicuti definitiones, ita etiam probationes sumendæ sunt: quia probatio nihil aliud est, quam vera facti alicuius definitio atque demonstratio. Secunda ratio est, quòd ea quæ non sunt in rerum natura, non possunt sciri, nec cadunt in sensum corporeum testis, atque ita probari non possunt per testes: cum testes non debeant deponere nisi de his, quæ percipiuntur sensu corporis. l. testium. C. de testib. l. qui testamento §. ult. & de test.

Porrò quia hic tractatus de probatione negatiuæ est diffusus & controuersus, ideò vt facilius eius sit cognitio, adhibenda est distinctio negatiuarum. Negatiua positio est triplicis generis, facti, iuris, & qualitatis, vt tradit Accur. in l. 2. & de proba. Negatiua meri & simplicis facti non est probabilis, puta si quis dicat, Titium non soluisse, non contraxisse, non numerasse. Negatiua verò facti determinati, loco, tempore, vel simili circumstantia, probari potest & debet: vt si dicam pecuniam certo die & loco numeratam esse, probabitur huius negatiua, si doceam me eo die in eo loco non fuisse, quo pecunia numerata dicitur. l. optimam. C. de con. stip. Lanfran. in c. quoniam. num. 3. de proba. Negatiua qualitatis est, si negetur in re vel persona aliqua qualitas requisita, puta si negetur aliquis soluendo esse, vel conueniendo. Negatiua autem hæc probari debet ab eo, qui intentionem suam in ea fundat, alias succumbit. l. in illa. 8. l. hoc iure 10. l. ita stipulatus 115. vers. quòd si ab initio. & de V. O. Sic in l. 17. & de proba. heres qui allegat hereditatem non satis esse locupletè ad integra legata soluenda, & propterea vult de legatis detrahere Falcidiam, probare tenetur non tantum esse in bonis defuncti, quod facile probari potest, si doceat ex libris rationum, defunctum non amplius habuisse in bonis. Sic qui negat defunctum fuisse sanæ mentis, & ita testamentum facere non potuisse, id probare cogitur. l. nec codicillos. C. de codic. quòd facile euincet, si demonstrat eum ridicula, & indigna sanæ mentis hominibus locutum, vestes conscidisse, lapides proiecisse, & cetera. Denique est negatiua iuris, quæ etiam probanda est, ab eo qui se in ea fundat, vt si quis neget legitimè & secundum for-

nam iuris aliquid esse factum. Exemplum est in l. 5. & de proba. vbi qui negat emancipationem esse ritè factam, id probare cogitur. Ideò autem negatiua iuris probari debet, quia omnia præsumuntur legitimè & secundum iuris dispositionem esse acta, nisi contrarium probetur. Sic stipulatio præsumitur rectè & sollemniter contracta, si in epistola vel instrumento scriptum sit aliquem promississe. §. si scriptum. Inst. de inut. stip. l. 1. C. de con. stip. Sic si scripserit quis se fideiussisse, præsumitur efficaciter per stipulationem concepta fideiussio. §. ult. Inst. de fideiuss. Ideòque ei qui negat sollemnitatem iuris in aliquo actu fuisse adhibitam, ei incumbit probatio.

Obstat huic assertioni. l. generaliter. C. de non num. pec. vbi dicitur, si agatur ex chirographo debitoris, qui scripsit se debere ex causa emtionis, vel mutui, & reus neget se emisisse, vel mutuum accepisse nisi hoc probauerit reus, rem scilicet ita peractam non fuisse, quòd condemnari debeat. Resp. Quando nullam emissum est chirographum, & petitur pecunia credita, reus verò negat numeratam esse, nisi actor probet numerationem, probatio à Reo non exigitur. At in casu d. l. generaliter, exigitur probatio à Reo, quia indignum est quem suam confessionem velle retractare, & à proprio testimonio recedere.

Sic etiam cum in instrumento publico descriptum esset Titium fundum suum alteri donasse, & Titius hoc negaret, tenetur negatiuam hanc probare, quia præsumtio est pro instrumento, donec probetur contrarium. l. cum precibus 18. C. de proba. Quoties enim lex quid præsumit, tunc neganti id quòd præsumitur, incumbit probatio, quia præsumtio iuris transfert omnis probandi in aduersarium. l. siue possidetis. C. de proba.

Secundò videtur ob stare l. non epistolis & l. non nudis. C. de proba. vbi qui negat aliquem esse filium, tenetur id probare. Resp. Tunc probatio ab eo requiritur, qui negat aliquem esse filium, si is filius antea communi opinione habitus & reputatus fuit pro filio, puta si in epistolis vel scripturis alijs priuatis nominatus est filius à patre, vel si fuit in quasi possessione filiationis. Aliàs ipsi filio affirmanti se filium esse, incumbit probatio. l. quidam 15. & de proba.



Tertio opponitur l. nec codicillos. C. de codicil. vbi qui negat aliquē fuisse sanæ mentis, & idēd nō potuisse testamentum facere, cogitur id probare. Resp. Quando præsumtio iuris stat pro eo qui quid asserit, tunc reo neganti incumbit onus probandi contrarium. Præsumitur autem secundum naturam, quod quilibet homo sit sanæ mentis, ergo neganti incumbit probatio, quia præsumtio iuris transfert onus probandi in aduersarium. l. siue possidetis. C. de proba. l. cum de indebito. & eo. Vel dic, omnes negationes, quæ effectum affirmationis habent, probari debent. Sic si nego testatorem sanæ mentis fuisse, dico furiosum fuisse, ideoque id probare debeo. Verum meræ negationes probari non possunt, vt si accusatus cædis, dicat se non fecisse.

Quarto negatiuam probari posse, conuincitur ex l. vlt. C. de re. cred. vbi cum legatarius iurasset sibi legatum deberi, postea ex superueniente testamento probatur contrarium, legatum scilicet non fuisse relictum. Similiter adfertur. l. 2. C. de erro. aduo. vbi probatur, sententiam condemnatoriam non fuisse contra aliquem latam. Resp. Ibi non fuit negatiua simplex proposita, sed coarctata loco & tempore, quæ probanda est, vtpote quod dicat reus, iudicem à quo ista sententia prolata dicitur, tunc temporis cum sententia pronuntiata esse dicitur, fuisse mortuum vel absentem, secundum l. optimam. C. de con. stip. Sic etiam ex testamento prolato, probatur in tali testamento, eo anno & die à tali testatore condito, nihil esse legatario relictum: quæ non est negatiua simplex, sed coarctata loco, tempore, & persona.

Quinto & vltimo obstat l. si duo 13. §. vlt. & de iureiur. Vbi præstito iuramento probat quis se dare non oportere, vel non debere. Resp. Iurandum non est legitima probationis species, nam magis releuat iurantem ab onere probandi, quam verè probat. l. eum qui 38. in princ. & de iureiur.

ASSERTIO

## ASSERTIO XCIII.

*Ob semiplenam probationem, puta vnum testem, deferri non potest à iudice iurandum.*

**P**ROBATVR hæc sententia hoc modo. Paria sunt non probare, seu nihil probare, & imperfectè seu viciôsè probare, arg. l. quoties, & Qui satis. cog. Quia cum lex exigit probationem, hoc de iusta & legitima probatione accipitur, quæ fit per duos testes, & instrumenta indubitata. l. 3. in princ. l. vbi numerus. & de testib. l. vlt. C. de proba. Sicut ergo actore nihil omninò probante reus absolui debet. l. qui accusare. C. de eden. sic etiam semiplenè & imperfectè probante, absoluendus est Reus, & iuramenti delationi non est locus. Præterea imperfectum & inutile in iure pro eodem accipiuntur. Sic imperfectum testamentum dicitur, quod iure non valet. l. hac consultissima. §. ex imperfecto. C. de testa. l. si is qui 25. & eo. Hinc sequitur propter vnum testem iurandum actori deferre non debere, quia vnus testimonium pro nulla & inani probatione habetur, & vnus testis responsum lex audiri omninò vetat, cum vox vnus, sit vox nullius. l. iurifiurandi. C. de test. Similiter non haberi quæstionem ob vnum testem, ne de seruis quidem alienis, probationis habendæ gratia, probat. l. maritus 20. & de quæst. Confirmatur & hæc decisio hac æquissima ratione, quia iniquum est, quenquam in re sua testem aut iudicem fieri, inuitis aduersarijs, de quorum præiudicio agitur. l. 3. & de iureiur. l. nullus. & de testib. l. Iulianus. & de iudic. Quod fieret hoc casu, si actor qui vel leuissimum pro intentione suæ assertionis momentum attulisset, statim posset iureiurando causam suam probare, & victoriam obtinere.

Vulgò interpretes pro communi opinione confirmanda adferunt l. Theopompus. & de dot. præleg. ex qua colligunt, vnus testis testimonio fidem adhiberi, sed malè à DD. hanc legem acceptam cruditè docuit Alcia. lib. 2. Parer. c. 19. Ibi enim testator commiserat amico cuidam, vt filia suæ, cum in matrimonium



monium collocaretur, dotem ex arbitrio suo constitueret, quod fecit. Ibi eius opinioni & decisioni statuitur, quia non tanquam testis, sed potius velut arbiter fuit electus à testatore, & ideo creditur huic soli, quod testator voluit, ut eius arbitrio & censura staretur.

Secundò obijcitur, quod dicitur in l. 3. C. de reb. cred. & l. admonendi. §. de iureiur. ubi traditur deferri posse à iudice iurandum propter inopiam probationum. Resp. Hoc de tali inopia est accipiendum, quando actor suam intentionem probavit, deinde reus suam quoque intentionem è contra sufficienter probat: & ita propter utriusque concurrentem probationem causa iudici dubia redditur. Ita Donel. tradit ad tit. de iureiur. c. xi. & Duare. lib. 2. disp. c. 33. qui eius doctrinæ primus fuit auctor & assertor. Idque probant hoc potissimum argumento: Quando actor probat suam intentionem, & Reus è diverso suam negationem, iudex sine iuramenti delatione non potest litem decidere. Cùm enim ab utraque parte probata est cuiusque assertio, iudex non habet, quod in definienda lite sequatur, & dubius est, in quam partem magis propendat. Neque enim poterit reum condemnare, quia ipse probationem actoris contraria probatione infregit & destruxit: nec quoque reum absolvere poterit, quando actor suam intentionem plenè probavit. Restat igitur ut iureiurando, quod litium omnium finis est & securis, dubium negotium decidat.

Tertiò aduersatur huic conclusioni. l. ult. C. de fideico. ubi cùm legatarius peteret legatum, quod sine scriptura & absque præsentia testium ad hoc specialiter rogatorum erat relictum, & heres illud solvere recusaret, quia legatarius non poterat docere de legato, defertur à iudice iurandum heredi, quo delato ipse vel iurare cogitur nihil omninò legatario fuisse relictum, vel si iurare recuset, solvere legatum cogitur. Resp. Gl. communiter approbata in d. l. ult. eam l. ita intelligit, ut procedat, quando heres conuentus à legatario ex minus solenni testamento, negat ab initio vllum legatum fuisse relictum, & demum delato sibi iuramento, opposuit legatum quidem fuisse relictum, sed in voluntate minus solenni: hoc enim casu solvere cogitur

cogitur heres legatum verè relictum, quantumuis in testamento minus solenni. Idque in poenam & odium mendacij est statutum, quia heres ab initio fraudulenter negavit legatum villo modo relictum: unde non licet illi tunc recurrere ad illam subtilitatem iuris, quod ex minus solenni testamento legata non debeantur: arg. Auth. contra qui propriam. C. de non num. pec. Quod si ab initio heres confiteatur legatum quidem fuisse relictum, sed in minus solenni testamento, tunc heres non cogitur solvere legatum aut iurare. l. si veritas. & l. ex testamento. C. de fideico.

## ASSERTIO XCIV.

*Reus non tenetur actori edere instrumenta vel rationes ad intentionem suam fundandam, sed actor reo ad probandam exceptionem, instrumenta edere tenetur.*

**A**CTOR Reo tenetur edere instrumenta, non è contra reus actori l. ult. C. de eden. Ratio decidendi est, quia actor instructus & paratus ad iudicium venire debet, & durum esset Reum cogi aduersario arma suppeditare, quibus se ipsum oppugnet. Actor itaque instructus probationibus ad intentionem suam fundandam in iudicium veniet, non verò ex domo rei probationes petet l. qui accusare. C. de eden. l. nimis graue. C. de test. Illud autem singulariter notandum, quod tex. in d. l. ult. ait, non oportet originem petitionis ex instrumentis eius qui conuenitur, fundare. Unde sequitur, quod Reus non tenetur actori edere instrumenta pro petitione sua fundanda: attamen pro fundata petitione adiuuanda, rectè petitur editio instrumentorum à Reo. Alcia. in d. l. ult. difficilius enim aliquid in esse producitur, quàm quod iam productum est, conseruatur, vel adiuuatur. l. i. §. si quis ædificium. §. de no. nun. Exempli gratia, Sempronius vendicauit fundum à Titio, probavitque se esse dominum: fundata est petitio, excipit reus Titius fundum non esse tot iugerum: rectè petit actor instrumenta à Titio edi, quibus probet fines agri, & numerum iugerum. Bald.



in l. 1. §. editiones. ꝛ de eden. per elegantem tex. in l. Titius 48.  
ꝛ de act. emp. l. prædijs 91. §. Titio. de lega. 1.

Non est locus huic regulæ, si fiscus sit actor, ei enim reus tenetur edere instrumenta pro fundanda sua intentione, l. 2. §. item Diui fratres. ꝛ de iu. fis. Ex quo tamen §. iuncta l. quod placuit ꝛ eo. talis distinctio colligitur: quod aut fiscus agit ad pœnam seu lucrû captandum ex delicto, & tunc reus ei nõ tenetur edere instrumenta sua. Nemo enim cogendus est propriam turpitudinem detegere. Aut ex causa ciuili, de damno vitando, puta ex proprio contractu agit, & tunc Reus ad editionem ei tenetur, exercetque fiscus suum priuilegium.

Verum obstat huic distinctioni l. 3. ꝛ de eden. ex qua probari videtur, quod etiam fiscus, quando agit ad pœnam, vtatur suo priuilegio, adeo vt Reus videatur teneri fisco ad editionem. Resp. Lex ista hoc tantum dicit, quod reus fisco teneatur edere instrumenta, quæ ad causam, ex qua acturus est fiscus, faciunt: non autem exprimit, quando ad istam editionem teneatur. Vnde accipiendus est ita textus, quod cum fiscus ibi agat ad pœnam, non aliter facienda sibi sit editio instrumentorum, quam si reus ad hoc iure communi teneatur; puta si ipse instrumentis in iudicio vtatur: acta enim iudicialia sine distinctione litigantibus sunt edenda. l. 1. §. edenda. ꝛ de eden. l. 2. C. eo. vel fiscus ijs vti velit pro intentione sua iam fundata adiuuanda, & alijs casibus iure communi concessis: vtque sic declaretur textus per alias leges magis in specie loquentes, puta per d. l. quod placuit. & d. §. item Diui fratres. Ratio diuersitatis est, quod nimis graue est in causa sanguinis ex aduersarij domo probationes petere, seque proprijs armis conficere, & propriam turpitudinem detegere. l. alijs autem ꝛ de iureiur. Porro actor tenetur reo edere instrumenta pro exceptione eius fundanda. l. non est nouum. & l. ult. C. de eden. Ratio diuersitatis inter actorem & Reum est, quod cum rei inuiti ad iudicium trahantur, & se velint nolint defendere cogantur, præparare se, ignari quando conuenirentur, non potuerunt: æquitas igitur suadet, vt actor reo suas rationes, suaque instrumenta edat, ex quibus se ad iudicium instruat & præparet.

Secundò aduersatur huic conclusioni l. 1. C. de eden. vbi sancitur, iudicem dispicere debere, quando reus rationes suas actori exhibere cogatur. Resp. Regulariter reus non tenetur actori pro intentione sua probanda rationes, & instrumenta sua exhibere, sed certis tantum specialibus casibus ad hoc cogitur, vnde additur in d. l. 1. ex causa ad officium iudicis pertinere, vt hoc statuatur. Certi autem & speciales casus, quibus Reus ad hoc tenetur sunt hi: Primus est, si mandato actoris reus rationes conscripserit, is enim quisquis sit, actori edere tenetur; quia hoc casu instrumenta ad actorem pertinere videntur. l. si quis ex argentarijs 6. §. prætor. ꝛ de eden. Secundus est, si reus ratione publici officij, quod exercet, ad edendum tenetur, puta si sit argentarius, vel nummularius. Horum enim officium publicam habet causam, & principalis eorum opera est, vt actus sui rationes diligenter conficiant. l. prætor. & l. argentarius. ꝛ de eden. Tertius casus est, quando Reus, ijs rationibus in iudicio vteretur, tunc enim actori tenetur edere. l. 1. §. edenda. ꝛ de eden. quia acta iudicialia omnibus litigatoribus, quorum interest, sunt edenda. l. 2. C. de eden.

Tertiò opponitur, quod nemo ea aduersus se exhibere cogitur, vnde sibi fiat negotium. l. nimis graue. C. de testib. Ergo nec actor reo instrumenta edere tenetur. Resp. Illa lex in reo loquitur, quod scilicet reus non tenetur actori edere instrumenta. Quod ostendit vox intentionis in allegata lege posita, quæ libellum vel petitionem actoris significat. l. si quis intentione. ꝛ de iudic. l. 2. ꝛ de excep.

Quartò refragatur l. 1. ꝛ de excep. vbi traditur, quod Reus in exceptionibus loco actoris habetur. Ergo nec actor Reo tenetur edere instrumenta ad exceptionem suam probandam. Resp. In hoc reus vicem actoris obtinet in exceptionibus, quod sicut actor suam intentionem, ita reus suam exceptionem probare tenetur. Verum in modo & forma probandi magis priuilegiati & fauorabiles sunt rei quam actores, nam ad fundandam & stabiliendam exceptionem actores reis instrumenta sua edere tenentur, idque ex vulgata iuris regula, quod fauorabiliores sint rei quam actores.



Postremò obijcitur, quòd actor Reo non tenetur edere nomina testium qui contractui interfuerunt. l. non ex omnibus. ¶ de arbit. Igitur nec instrumenta. Resp. Hoc specialiter introductum est, ne reus interim testes subornet, & ad falsum committendum alliciat: & ideo alia ratio in exhibendis testibus, quam in producendis instrumentis militat.

ASSERTIO XCV.

*Infames in causis criminalibus testes esse prohibentur, in ciuilibus uerò plenam fidem non merentur.*

**P**ROBATVR hæc sententia in l. 3. §. pen. ¶ de testib. vbi dicitur testes propter infamiam & notam vitæ non esse admittendos ad testimonium. Facit d. l. 3 in princ. vbi dicitur, quòd iudex in fide testium diligenter examinare debet, an honestæ & inculpata vitæ sint, an verò notati & reprehensibiles. Ex quo colligitur, quòd infamibus non tanta adhibeatur fides sicut ijs, qui sunt integræ existimationis. §. 1. No. 90. de testib. vbi traditur testes honestam & inculpata vitam debere ostendere. In criminalibus causis infames indistinctè testes esse non possunt. l. quæsitum 13. ¶ de testib. vbi dicitur, damnatum de calumnia non debere admitti ad testimonium in publicis iudicijs: & additur ratio, quia ad iudicis officium pertinet, eius testis testimonium perpendere, qui est integræ frontis, id est, qui non est infamis.

Obijcitur §. si verò ignoti. No. de testib. vbi dicitur obscuris & vilis conditionis testibus credi, sed cum tormentis. Resp. No. illa loquitur de obscurarum & ignobilium personarum testimonio, scilicet quæ sunt obscuriores & plebeia personæ, sed tamen non sequitur eos propterea esse infames.

Secundò opponitur hoc argumentum. Certæ & particulares quædam personæ infames à testimonio dicendo repellantur. l. 3. §. pen. ¶ de testib. Ergo non omnes infames remouentur, ex vulgata iuris regula, quòd inclusio vnius est alterius exclusio. l. cum prætor 12. in prin. ¶ de iudic. Resp. Nominatim. & specialiter

cialiter certis legibus publicorum indiciorum iufames non prohibentur à testimonij dictione, sed tacitè & generaliter satis legibus arcentur à testimonijs. quia in d. l. 3. in princ. & §. vlt. ait IC. iudicem explorare debere in persona testis, sitne honestæ & inculpata vitæ, an verò notatus & reprehensibilis: item testes propter notam & infamiam vitæ admittendos non esse ad testimonij fidem.

Tota autem hæc res arbitrio & prudentiæ iudicis committitur: cuius est prudenter æstimare, quanta fides habenda sit testibus, dignitate scilicet, honestate ac fide testium diligenter inspecta & ponderata. l. 3. §. ideoque Diuus. l. ob-carmen 21. ¶ de testib. Meno. de arb. iud. lib. 1. qu. 27. vbi notat in criminalibus causis infames planè testes esse non posse. Donellus verò c. 1. de testib. putat tunc infames non admitti ad testimonium, si alia probatio suppetat. Confirmatur & hæc assertio auctoritate iuris Canonici, per tex. in c. licet causam. ex. de proba. vbi dicitur, quòd testibus qui mala famæ, vel leuis opinionis sunt, nulla vel modica fides adhibenda est.

ASSERTIO XCVI.

*Testes, cum de fide instrumentorum nihil dicitur, contra instrumentum audiri non debent.*

**C**OMPROBAT hanc sententiam Paulus lib. v. sentent. tit. xv. Idem probat l. 1. C. de testib. vbi statuitur instrumentis probandam esse causam ingenuitatis, soli enim testes ad probationem ingenuitatis non sufficiunt. Ratio est, quia plus virium habent contractuum instrumenta vel tabulæ testamenti, quam nudæ aliorum testium voces. l. scripturas. & Auth. seq. C. Qui po. in pig. Et cum scriptum est aliquid in instrumento, videntur omnia solemniter & legitime esse acta. l. sciendum 30. de V. O. §. vlt. Inst. de fideiuf.

Hinc etiam contra chirographum non admittuntur testes ad solutionem debiti chirographo comprehensi, nisi quinque numero, qui solutioni præsentibus interfuerunt. l. testium. C. de testib.



stib. Scriptum non nisi contrario scripto refellitur, itaque chi-  
rographum apocha vel alio scripto, non testibus refutatur. l.  
cūm de indebito. §. vlt. ꝛ de proba. l. generaliter. C. de non  
num. pec. Sic testam. in scriptis conditum non infirmatur te-  
stibus, qui affirmant testatorem dixisse, se eodem testam. nolle  
mori, quia nuda voluntate testamentum non infirmatur.

Opponitur l. sancimus 27. C. de testam. vbi solenne & per-  
fectum testamentum infirmatur testimonio trium testium, co-  
ram quibus testator declarauit se id nolle valere. Resp. Sola de-  
claratio voluntatis coram tribus testibus expressa, qua dixit te-  
stator se nolle prius testamentum valere, ad testamentum in scri-  
ptis conditum, infirmandum non sufficit, nisi tempore decennij  
etiam antiquatum fuerit testamentum.

Secundò aduersatur No. 107, vbi contra testamentum patris  
inter liberos videntur admitti testes. Resp. Quòd septem vel  
quinque testes, qui testantur coram se patrem testamentum  
suum reuocasse, non sufficiunt ad hoc, vt testam. patris inter  
liberos confectum reuocetur: sed requiritur præterea, vt aliud  
testam. vel ex non scripto fecerit, qui ante fecerat ex scripto.

Tertiò repugnat l. in exercendis. C. de fid. instr. vbi dicitur  
in probando parem fidem mereri testes & instrumenta. Resp.  
Regulariter testimoniorum & instrumentorum æqualis est vir-  
tus, sed tamen præualet in multis instrumentorum probatio te-  
stium depositioni. Hinc in ætate hominis probanda, item statu  
& iure personarum demonstrando, plus fidei merentur instru-  
menta, veluti professiones natalium, quàm testes l. 1. & 6. C. de  
fid. instr. l. 3. C. Si min. se ma. dix. Sic facta antiqua & perue-  
nusta certius scripturis, quàm testibus probantur, quia memo-  
ria hominum est labilis, testiumque fides ex temporis diurni-  
tate imminui solet. l. 3. §. duæ. ꝛ de Carb. edic. l. census. ꝛ de  
proba. Similiter etiam contra instrumentum non sunt testes au-  
diendi, nisi id velint falsi arguere. Cū enim præter scripturam  
adhibiti sint Notarius & testes publico instrumento, firmior &  
efficacior est probatio instrumenti, quam testium. arg. l. Domi-  
tius. ꝛ de testa. c. cum Iohannes, ex. de fid. instr. Itaque hoc  
vno tantum casu, cum fides scripturæ in dubium vocatur, testes  
contra

contra instrumentum admittantur. l. penul. C. de con. stip.  
Cuiac. lib. Obs. 13. c. 38. & lib. 16. c. 25. & ad l. sciendum 30.  
ꝛ de V. O. Olden. in tract. de testib. in fin.

## ASSERTIO XCVII.

*Nullus in re propria idoneus est testis.*

**T**EXTVS sunt in l. omnibus 9. C. de test. & l. nullus 10.  
ꝛ eo. Dicitur autem causa propria, cuius commodum  
vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet. l. 1. §.  
in propria. ꝛ. Qu. app. sit.

Obijcitur, quòd legatarij possunt esse testes in testamento, in  
quo legatum eis relinquitur, & sic in re propria testantur. §. le-  
gatarijs. Inst. de test. ordin. Resp. Legatarius non sibi, sed he-  
redi dicitur testimonium, totum enim negotium quod agitur,  
inter heredem & testatorem geritur, §. sed neque. Inst. de test.  
ord. Legata enim sunt accidentia testamenti, sine quibus testa-  
mentum consistere potest, & sic legatarij dicuntur sibi in con-  
sequentiam quandam testimonium ferre, heredi verò principa-  
liter. Ea verò quæ per consequentiam accidunt, non solent  
considerari. l. 1. ꝛ de auct. tuto. Præterea propter multitudi-  
nem testium in testamento interuenientium, hæc suspicio affe-  
ctionis siue proprij commodi mitigatur. Adde rationem, qua  
I. C. Pomponius hanc decisionem confirmat in. l. si quis ita. ꝛ  
de reb. dub. quæ huius quæstionis difficultatem tollit, quòd sci-  
licet testamentum confirmatur testibus adhibitis. Cū enim  
ideò testes adhibeantur testamento, vt per eorum subscriptio-  
nem & subsignationem testamentum confirmetur, & ob testi-  
monij meritum remunerandi gratia aliquid eis relinquatur, non  
debet hoc, quod ad confirmationem testamenti factum est, ad  
euerfionem eius pertinere: arg. l. legata inutiliter. de leg. 1. Vigl.  
ad d. §. legatarijs.

Secundò obijcitur, §. si verò neque. Auth. de inst. caut. &  
fide, vbi dicitur valere testimonium Notarij pro instrumento:  
Si enim instrumentum negetur à Notario scriptum, & ipse ad-  
firmet se id scripsisse, ei soli fides habetur. Resp. Tabellio vt



quilibet testis de facto suo, id est, auditu & visu dicit testimonium, non autem in ea causa, cuius damnum ac emolumentum ad eum pertinet, ac proinde in causa propria non testatur.

ASSERTIO XCVIII.

*Instrumenta priuata, si non alijs adminiculis inuentur, ad probationem sola non sufficiunt.*

**P**RIUATA instrumenta, vt sunt chirographa, apochæ, epistolæ, libri & rationes mercatorum, per se sola ad probationem faciendam non sufficiunt, sed si alijs adminiculis probationum, puta confessione vel iureiurando adiuuentur, tunc plenam fidem faciunt. l. 3. 6. 7. & 13. C. de proba. Hinc si debitor fateatur chirographum manu sua exaratum, vel sua voluntate & mandato conscriptum, plenam facit fidem: quia ad priuatam scripturam accedit debitoris confessio. l. generaliter. C. de non num. pec.

Obijcitur l. etiam. ff. de proba. & l. 1. C. Si min. se ma. dix. Vbi parentum professioni seu priuatæ scripturæ de natiuitate & statu filiorum creditur. siue hunc filium suum esse, sibi eo die natum, siue non esse, in actis professi sunt. Resp. Hoc speciale ius est, vt ætas liberorum probetur libris & scripturis parentum, quas conficiunt de anno & die quo nati sunt filij. l. 2. in princ. ff. de excus. tut. Et ratio iustissima est specialis istius iuris, quia cum parentes de ætate liberorum certi aliquid profitentur, tunc nullum adhuc commodum aut damnum filiorum versatur. Itaque non præsumuntur mentiri parentes, cum eo tempore nihil lucri ad filios peruenire possit. Præterea parentum testimoniura non meretur in hoc casu plenam fidem, sed contrarijs probationibus potest infirmari. l. Imperatores. ff. de proba. vbi Scæuola respondit, professionibus parentum in iudicio productis, veritati nihilominus locum superfore.

Secundò obijcitur l. non est notuum. C. de eden. vbi dicitur debitorem posse petere à creditore suo, vt sibi edat rationes suas & instrumenta, vt inde fides veri constare possit. Resp. Rationes creditoris possunt ad hoc adferri à debitore, vt inde probet solutionem

lutionem suam. Probant ergo priuata instrumenta siue rationes contra scribentem, non verò pro scribente, l. 6. C. de eden. l. illata. C. de fid. instr. Sic libri tutorum probant contra scribentes in receptis. l. qui sub conditione. ff. de cond. & dem. l. Lucius 46. §. tutelæ. ff. de adm. tuto. In expensis verò requiritur causæ assignatio, quia scrupulosa causæ inquisitio ab ijs exigitur qui rationes conficiunt. l. si seruus 119. de lega. 1. Probatur autem causa expensarum per libros rationum, adiuncto iuramento. l. si quis pro redemptione. C. de donat.

Tertiò opponitur l. Publia. §. si. ff. de pos. vbi dicitur, quòd solis priuatis scripturis credatur pro scribente. Resp. Acc. & communiter DD. Quando aduersarius approbat & acceptat epistolam pro se, in his quæ faciunt contra scribentem, tunc tenetur etiam recipere & approbare in his, quæ faciunt pro scribente, & contra se. Quòd verum est, nisi addat protestationem, quòd probet scripturam in his quæ faciunt pro se, non verò in his quæ faciunt contra se. Quæ protestatio admittitur, quando scriptura continet plura separata capita, tunc enim potest pro parte approbari, pro parte verò reprobari. Si verò contineat connexa & coniuncta capita, tunc talis protestatio non admittitur, sed in totum debet scriptura approbari vel reprobari. arg. l. cum quæritur 16. ff. de adm. tuto. Ita notat Castren. in d. l. Publia. §. vlt. Socin. in fall. reg. 186. Menoc. de arb. iud. lib. 2. cent. 1. quæst. 93.

Quartò aduersatur l. fideiussor 26. §. pater. & l. cum tabernam. 34. ff. de pigno. vbi traditur, plenam fidem tribui priuato instrumento, in quo perscriptum erat debitorem bona sua creditori pignori obligasse. Resp. Quoties priuata instrumenta vtriusque contrahentis gratia sunt scripta, & ab vtroque contrahentium superscripta, & subsignata, tunc plenè creditur hisce priuatis instrumentis.

Postremò norandum, quòd priuata scripta, seu instrumenta si trium testium subscriptione fuerint confirmata, plenam fidem faciunt, ad instar publicorum instrumentorum. l. scripturas. & Auth. seq. C. Qui po. in pig.



ASSERTIO XCIX.

Subditi regulariter non sunt idonei testes in causa Principis, vel ciuitatis.

RATIO enunciationis est, quia animi subditorum metu & terrore potentiae sunt occupati, ne veritatem proferre audeant. Idonei enim non videntur testes esse, quibus imperari potest, vt testes fiant. l. idonei. ff. de testib. Praeterea ij testes tantum audiri debent, qui omni gratiae & potentatui, fidei religioni iudicariae debitam praepone re audent. l. eos. C. de testib. Verum haec de omnibus subditis non sunt vniuersaliter accipienda: nam sic magistratus in tota sua ditione non esset inuenturus idoneos testes. Ideoque sic distinguendum cum Oldend. in tracta. de testib. Aut certum est, magistratum esse tyrannum, qui veritatis testimonium iniquè laturus est, & tunc subditi metu potestatis concussi non admittentur ad testimonium. l. Fulcinius. §. quid sit ff. Ex qu. cau. in poss. l. vnic. C. Si rec. prouin. sponsa. dedit. Aut constat magistratum veritatis professionem libenter auditorum, & testem reputari virum bonum, qui superioris magistratus gratia nolit mentiri, & tunc admittentur subditi, cessante causa suspicionis.

Objicitur l. in tantum 6. §. Vniuersitatis ff. de rer. diui. l. sed si hac. §. qui manumittitur. ff. de in ius voc. Vbi dicitur, quod seruus vel libertus ciuitatis, non est singulorum ciuium, sed ipsius Reipub. libertus, vnde & tam pro ciue, quam contra ciuem testari potest, d. §. Vniuersitatis, & l. 6. C. de quaest. Itaque si potest seruus vel libertus ciuitatis testimonium dicere pro ciue, sequitur etiam ciuem pro vniuersitate in testem produci posse. Cum enim commoda & bona singulorum ciuium sint seiuncta à bonis ciuitatis, nihil impedit, quò minus ciues in causa ciuitatis testes esse possint. Resp. sub distinctione. Aut causa ciuitatis litigiosa principaliter spectat ad ciuitatis honorem & commodum, & tunc singuli ciues idonei testes esse censetur. Ratio est, quia causa ciuitatis, singulorum ciuium propria esse minime creditur. l. 7. §. 1. ff. Quod cu. vob. no. Sic ciues admittuntur in testes

stes super iurisdictione & confinibus ciuitatis, cum ea res non concernat singulos, sed vniuersos ciues. Couarru. c. 18. Pract. quaest. Aut commodum rei, cuius est controuersia, spectat immediate & principaliter ad singulos ciues, vt puta si agat ciuitas ad ius pascendi in pascuis publicis, vel caedendi ligna in syluis publicis, ex quibus singuli ciues commodum expectant, vt puta si singuli ciues in pascuis publicis habeant ius pascendi pecora, & tunc non possunt ciues ferre testimonium pro ciuitate. Quia praeterquam quòd subditi sunt, videntur etiam quodammodo in re propria testimonium dicere, quod iure vetitum est. l. omnibus. C. de testib. Haec est communis DD. opinio, vt refert Castren. in d. l. omnibus, vbi notat ita quotidie obseruari.

ASSERTIO C.

Subscriptio instrumento facta, non continet scribentem obligat.

QVARIIVR, an is qui instrumento alicui subscripsit, obligetur ex subscriptione. Et in hac quaestione ita distinguendum est. Aut quis ineundae obligationis proposito subscripsit, & hoc casu obligatur, non minus ac is qui principaliter in instrumento contraxit. Aut testimonij causa subscripsit, & hoc casu subscribens non obligatur. Prior pars distinctionis probatur in l. 2. C. de reb. alien. non alienan. vbi dicitur, quòd si fraus absit, tunc is qui subsignat, vel subscribit instrumentum venditionis, quo res sua ab alio venditur, obligatur. Idem probat l. 3. C. Quod cum eo qui in alie. pot. vbi dominus, qui instrumento serui, quo mutuù se accepisse fatetur, subscribit, obligatur. Similiter creditor, qui venditione pignoris à debitore facta, tabulis venditionis subscribit, pignus remittere censetur. l. sicut 8. §. nò videtur. ff. Qu. mod. pig. sol. Posterior pars, quòd scilicet nec signatores nec testes alieno testamento vel contractui subscribentes, sibi prauidicent, vt ex eo obligentur, probatur in l. mutuae 14. C. Si cer. pet. l. Caius 39. ff. de pig. act. l. Titia 34. §. Lucia, de leg. 2. In quibus legibus traditur, quòd subscribens alicui instrumento tanquam testis, non



obligatur, quia potuit ignorare, quae in instrumento continentur.

Sed in hac quaestione admodum inter se pugnant l. fideiussor 26. §. pater. de pigno. & d. l. Caius. de pign. act. Nam in d. l. Caius asseritur, quod si quis instrumento subscribit, in quo res suae ab alio venditae affirmantur, quod hic ista subscriptione sibi non praedudicet, neque in rei suae venditionem consentire intelligatur. Contra in d. §. pater, deciditur, quod si quis instrumentum aliquod scripsit, quo domum suam ab alio oppignorari contineatur, quod ille hac scriptura sibi praedudicet, & consensum obligationi rei suae dedisse existimetur. Respondetur dupliciter. Primum in d. l. Caius, subscripsit aliquis tabulis testamenti, vel illas signavit, non cognito eo, quid in testamento contineretur, nam solent tabulae testamenti a testibus signari vel subscribi, etiam si nihil de ijs constet eis, quae in testamento disposita sunt, ideoque testes subscribentes hoc pacto sibi non praedudicant. At in d. §. pater. propria manu quis scripsit instrumentum pignoris, quo res suae oppignorabantur. Itaque non potest ignorantiam eorum praetendere, quae instrumento continentur, & proinde subscribendo in obligationem rei suae consentit.

Secundum respondetur, quod in d. l. Caius, subscripsit quis tabulis testamenti tanquam testis, quo casu quis ex sua subscriptione aut subsignatione non obligatur. l. si pater §. C. de fideiuss. In contraria vero lege ineundae obligationis causa subscripsit instrumento, ideoque ex scriptura obligatur. Quoties enim quis scribendo vel subscribendo vel personam vel bona sua obligat, hic efficaciter ex subscriptione sua obligatur. Sic si quis instrumento alicuius contractus subscripsit tanquam fideiussor, efficaciter ex fideiussione adstringitur. l. si non subscripsisti §. C. de administrato. Similiter si quis scripsit instrumentum, quo res suae pignori obligantur, hic scribendo sibi praedudicat, & in rei propriae oppignoracionem consentire censetur. d. §. pater.

... agildo ... CENTVRIA ...

[The text on this page is almost entirely obscured by heavy black scribbles and redactions.]



ASSERTIO II.

Filia minor xxv. annis, nubens sine consensu parentum, potest exheredari.

QVÆRITVR, an filia exheredari possit, quæ sine consensu parentum nupsit. Et ex Nouella 115. §. sed si filia. satis euidenter apparet eam exheredari posse, si minor xxv. annis nubat sine consensu parentum. Nam in d. §. Imp. ait, non potest filia exheredari, si post xxv. annos nubat sine consensu patris. Ergo à contrario sensu tacite satis hoc colligitur, si ante eam ætatem, hoc est, minor xxv. annis nubat sine consensu parentum, posse eam exheredari. Magis requiritur in nuptijs filia, quàm filij, parentum consensus, propter sexus imbecillitatem. Vnde & filia minor xxv. annis consensum matris & propinquorum adhibere debet in nuptijs. l. 1. l. viduæ. l. in coniunctione. C. de nupt. Cuiac. ad No. 18.

[Scribbled-out text]

ASSERTIO III.

Si quis corruptam & vitiatam ab alio pro virgine duxerit, matrimonium rescindi non potest.

Hæc assertio probatur ex c. 1. & 2. 29. q. 1. & c. quemadmodum, ex. de iureiur. eamque sententiam multis argumentis comprobatur Wesem. in parat. de rit. nup. num. 8. Ratio præcipua est, ne occulta delicta nudentur, & quieta

quieta coniugia distrahantur. Adfertur & pro hac sententia hoc argumentum fortissimum: Si non dissoluitur coniugium propter alia vitia animi æquè graua, imò maiora, vtpote quia vxor est impia, hæretica, malæ frugis, perditè prodiga. l. vlt. vbi Gl. in verbo, abolita. C. de repud. c. 2. ex. de diuort. neque ob hoc vitium diuortium est admittendum.

Tertiò probatur hoc ex eo, quòd stupri accusari ea mulier non potest, quæ post illud ducta est. l. si vxor 13. §. fin. & ad l. Jul. de adult. Serò enim accusat mores mulieris, quos ducendo probauit. Cùm autem non distinguat lex inter scientem & ignorantem, sed loquatur generaliter, neque nos distinguere debemus.

Obijcitur primò lex Mosis. Deuter. 22. vbi corrupta, quæ pro virgine se elocari nuptijs passa est, capitali supplicio affici iubetur. Resp. leges poliucæ seu forenses Mosis nos non obligant, neque durior illa pœna à Christianis recepta est. Igitur sicut cùm à lege vel Principe pœna capitalis homicidij ob circumstantias remittitur, aut mitigatur, non soluitur coniugium; ita & hoc casu respòdendum est. §. deportatio. No. 22. de nupt.

Secundò obstat l. ex empto xi. §. si quis virginem. & de act. emp. vbi emta muliere corrupta, quæ virgo esse putabatur, agitur ob iustissimum errorem ad rescindendam emtionem. Resp. Hæc lex magis confirmat hanc thesin, quia dicit, quòd talis error non impediatur, quò minus contractus valeat: quia nulla vitia locum faciunt redhibitioni, nisi vsum rei impediatur, imò valere hoc casu emtionem expresse probat l. alioquin xi. & de con. emp. Quòd autem datur actio ex empto ad rescindendam emtionem, in matrimonio non procedit, quia in causis status, puta libertatis, iurisiurandi, matrimonij, nõ datur restitutio. c. quanto. ex. de diuort. l. si ex causa 9. §. vlt. & de mino. sed hinc valet immota regula; Quod Deus coniunxit, homo ne separet.

Tertiò opponitur, quòd dolus, quo alteri parti imponitur, rescindit contractus bonæ fidei, & coniugia. c. tua 26. in fi. de sponsal. Resp. Dolus hic non dat causam contractui, sed est tantum incidens, quòd genus non vitiat contractus. DD. in l. si dolo. §. C. de rese. vend. Deinde dolus tum demum annihilat



matrimonium, quando res neque substantiam, hoc est, consensus contrahentium, neque formam coniugij habet. d. c. tua.

## ASSERTIO IV.

*Ratihabitio patris liberorum nuptias subsequens, retrotrahitur, & ab initio iustas nuptias efficit.*

**Q**UÆRITUR, an si ab initio pater nuptijs filijsam. non consentit, sed ex intervallo eas ratas habeat, an ratihabitio retrotrahatur, & ab initio iustas nuptias efficiat, an verò à tempore ratihabitionis demum nuptiæ confirmantur. Et verior probabiliorque est sententia, quòd ratihabitio patris retrotrahatur, & ab initio iustas nuptias filij efficiat. Quæ assertio probatur primùm per generalem iuris regulam, qua traditur, quòd ratihabitio retrotrahatur, & mandato comparetur. c. ratihabitionem. de R.I. in 6.

Secundò hanc sententiam comprobatur apertè l. 5. C. de nupt. vbi traditur, quòd si pater ex intervallo cognitis filij nuptijs non contradixit, quòd iustæ nuptiæ, iusti que liberi efficiantur.

Contrariam sententiam defendunt Cuiac. lib. 3. Obs. c. 3. Contiùs lib. 1. disp. c. 7. & Hotom. in illust. quæst. c. 9.

Tria contra hanc decisionem adferuntur argumenta. Primum est, quòd dicitur in §. 1. Inst. de nupt. quòd in nuptijs filijsam. patris iussus præcedere debet. Resp. Quoties iussus interuenit, is præcedere debet, ea enim est natura mandati seu iussus, vt præcedat actum & negotium l. si quis mihi. §. iussum. & de acq. H. l. si verò 12. §. si post. & Manda. Cæterùm & absque iussu tacitus consensus & ratihabitio patris sufficit, quia Nouella lege generaliter definitum est, quòd omnis ratihabitio retrotrahatur, & confirmet ea quæ ab initio subsequuta sunt. l. ult. C. Ad SC. Maced.

Secundò aduersatur l. etsi contra 6. C. de nupt. vbi traditur, quòd si magistratus in prouincia duxerit subditam, hæ nuptiæ iniustæ sunt. Sed si deposito officio postea in eadem voluntate perseuerent contrahentes, iustæ nuptiæ tum demum efficiuntur, sed ra-

sed ratihabitione retrò non confirmatur matrimonium ab initio. Resp. Ideò subsequuta ratihabitio nuptias ab initio non confirmat, quia nuptiæ antea non potuerunt confirmari, quamdiu magistratus officium in prouincia sustinebat: sed matrimonium sine consensu parentum contractum potuit ab initio confirmari eorundem consensu: ergo & sequens ratihabitio iustas ab initio nuptias efficiet.

Tertiò repugnat l. si vxor 13. §. si quis vxorem. & Ad l. Iul. de adult. vbi dicitur, quòd iure viri maritus non possit vxorem accusare adulterij, quam duxit inuito patre, cuius coniunctioni postea pater consentit. Resp. Ideò ratihabitio ibi non retrotrahitur, quia versamur in causis odiosis, scilicet in poenis infligendis propter delicta. Odiâ enim sunt restringenda: atqui fauore matrimonij, vt scilicet iustæ nuptiæ, & legitimi liberi efficiantur, ratihabitio patris retrotrahitur, quia fauores sunt ampliandi.

## ASSERTIO V.

*Matrimonium metu contractum, ipso iure non valet.*

**M**ETVS ipso iure vitiat matrimonium, si modò talis sit, qui cadat in virum constantem. Matrimonia enim debent esse libera, nec vi aut coactione vlla constringi. Vnde si quis vinculis, carcere, verberibus, periculo mortis illato, aut alio atroci metu, qui cadit in virum constantem, coactus sit ad ducendam vxorem, hoc matrimonium ipso iure non valet. l. Titia. & de V. O. l. 2. C. de cont. stip. c. significauit. ex. de eo qui dux. in vx. quam poll. per adult. c. cum locum. ex. de sponsal. l. si mulier 21. §. si dos. & Sol. mat. Hinc sequitur, quòd sicut filius inuito patre vxorem ducere non potest, ita nec pater filium inuitum & dissentientem cogere potest ad ducendam vxorem, quam non amat. l. nec filium 12. C. de nupt. l. non cogitur 21. & de rit. nup. Sed obstat vehementer l. si patre 22. & de rit. nup. vbi traditur, quòd si patre cogente filius duxit vxorem, quam nõ duxisset, si fuisset sui arbitrij, quòd hoc matrimonium ratum sit, & valeat. Resp. sub distinct. Aut filius propter reuer-



rentiam paternam consensit nuptijs puellæ, à patre suo contractis, quam aliàs si sui iuris fuisset, non esset ducturus, & hoc matrimonium propter reuerentialem metum non rescinditur. Ita intelligenda est d. l. si patre. Aut interuenit iustus metus facti, vt si pater filium verberibus aut carcere coëgit ad ducendam vxorem, & tunc non valet huiusmodi matrimonium; sed tanquam metu contractum est rescindendum. Sneideri. ad tit. Instit. de nupt. parte 2. num. 28. Duare. ad tit. de nupt. c. 2.

## ASSERTIO VI.

*Deportatione non soluitur matrimonium.*

**Q**UOD deportatione non dissoluatur matrimonium, est apertus textus in §. deportatio. No. 22. de his qui nupt. iterant. Quod & obtinuit iure veteri, quia deportatio non fuit maxima capitis diminutio. l. 1. C. de repud. l. res vxoris. C. de don. int. vi. & vx. l. sed si mors 13. ff. eo. l. 5. ff. de bo. damn.

Sed è diametro obstat l. si quis sic stipuletur 56. ff. Sol. mat. vbi dicitur deportatione solui matrimonium. Præterea obstat l. penul. ff. de var. & extraor. cogn. & l. 4. §. ult. ff. de grad. & affin. Vbi dicitur, quod aqua & ignis interdictio seu deportatio sit maxima capitis diminutio, & quod libertatem & ciuitatem adimat, præterea quod deportatione soluitur matrimonium. Resp. Ij qui deportantur, vel quibus aqua & igni interdicitur, nec liberi, nec ciues manent iure Quiritum. Liberi autem, & nuptiæ manent iure gentium. At ius gentium in nuptijs potissimū spectamus. l. adoptiuus 14. §. 1. ff. de rit. nupt. Igitur matrimonium deportatione non dissoluitur. Hæc ex Cuiacio depromta sunt ad d. No. 22. in princ.

ASSERTIO

## ASSERTIO VII.

*De substantia matrimonij non requiritur deductio sponsæ in domum mariti.*

**N**UPTIÆ solo contrahentium consensu perficiuntur. Consociatio enim animorum non corporum facit nuptias. l. nuptias 30. ff. de R. I. l. cum hic status 32. §. si mulier. ff. de donat. int. vi. & vx. Vnde nec deductio sponsæ in domum mariti, neque concubitus, neque confectio dotalium instrumentorum ad perfectionem matrimonij requiritur, aut quid aliud præter consensum. l. penul. ff. de don. int. vi. & vx. l. neque sine 13. C. de nupt. Probat etiam hæc assertionem l. si donationum. C. de nupt. in qua statuitur, pompæ celebritatisque nuptiarum omissionem, firmitati matrimonij non obesse.

Obstant huic decisioni pleraque iuris loca, & primò pugnat l. mulierem 5. ff. de rit. nup. vbi traditur, absentem mulierem per nuntium vel epistolam nubere non posse, quia deductione in domum mariti opus est. Resp. Olim certæ quædam ceremoniæ & solennitates obseruatae fuerunt, quibus non adhibitis matrimonium ferè contrahi non solebat. Itaque quod asseritur in d. l. 5. opus esse vxoris deductione in domum mariti, in contrahendo matrimonio, de ijs accipiendum est, qui sola & simplici conuentione non contenti, ritum illum solennem obseruare voluerunt, quem tamen non esse necessarium, affirmatur in d. l. si donationum. Itaque non affirmatur in d. l. 5. quomodo nuptiæ contrahi debeant, alioqui nudum consensum sufficere assereret I C. sed forma ac ritus deductionis in domum tantum demonstratur.

Secundò repugnat l. cui fuerit 19. ff. de cond. & dem. vbi Vlpia. ait, conditionem nuptiarum tunc impletam videri, cum vxor ducta fuerit. Resp. Hoc per metaphoram dictum accipi debet, tunc scilicet mulierem nupsisse videri, & conditionem nuptiarum impletam, statim atque ducta est vxor, & matrimonium consensu peractum, tamen concubitus non accesserit.

Tertiò refragatur Iustinianus in l. sancimus 24. C. de nupt. vbi



vbi difertè sancit, conditionem nuptiarum impleri non posse, nisi ipsa accedat nuptiarum festiuitas. Resp. Ideò constitutio Iustiniani nuptiarum festiuitatem exprimit, quòd rarò sine ea solennitate & pompa eo tempore matrimonia inirentur, idem- que procul dubiò de matrimonio responsurus fuisset, quod solo consensu peragitur.

Quartò repugnat Aureliani rescriptum in l. cum in te. C. de dona. an. nupt. qui cum consuleretur de donatione, quæ nuptiarum die facta dicebatur, anne à marito, an verò à sponso facta censeretur, rescripsit ita demum à marito donatum videri, si in sponsi domo facta fuerit donatio. Vnde colligi videtur, non aliter nuptias quàm per deductionem in domum mariti perfectas intelligi. Resp. Rescripto Aureliani hoc tantum indicatur, cum dubitatur post nuptias, an ante easdem res donata sit, ex deductione in domum mariti præsumi nuptias perfectas. Si tamen in proposita specie constitisset, quo tempore mutuo consensissent in nuptias coniuges, non opus fuisset ad hanc coniecturam recurrere. Hoc modo prædicta loca in speciem pugnantia conciliat Duare. ad tit. de nup. c. 2.

Concludendum igitur, nec concubitum, nec deductionem in domum, aliùmve ritum solennem, ad matrimonium perficiendum iure ciuili esse necessarium. Itaque statim atque per verba exprimentia consensum de præsentì, sponsalia contracta sunt, iam verum matrimonium, etiam non interueniente copula carnali, contractum censeretur, quia nuptias facit consensus, non concubitus. c. cum locura. ex. de sponsal. Sneiderwi. ad Inst. tit. de nupt. cap. de sponsal. num. 15. Quod adeò verum est, quòd tales sponsi participes sint eorum lucrorum, quæ coniugibus alterutro moriente, superstiti ex pacto vel statuto debentur, quia sponsa de præsentì vxoris loco habetur. Wesem. ad tit. de sponsal. num. 7. & ad tit. de rit. nupt. num. 2. Consuetudine tamen obseruatur, vt non aliter coniunx percipiat lucra nuptialia, quàm si virgo traducta fuerit ad domum sponsi, & matrimonium copula fuerit consummatum. Sneiderwi. ad Inst. de succes. viri & vxor. num. 121. Ferr. in for. libel. quo vxor agit ad dotem.

ASSERTIO VIII.

~~Handwritten text, mostly obscured by heavy black scribbles. Some legible fragments include: 'tis. C. d', 'sam hunc', and 'O o' at the bottom.~~





non potest, l. filius C. de pact. l. transactione. C. de transf. Resp. Mulier ius quæsitum alijs non aufert, sed lex & Principis rescriptum. Cùm autem lex magis sit rerum nostrarum domina, quàm nos ipsi, l. 2. ff. de leg. ex iusta causa res proprias singulis aufert, & posteriores creditores prioribus præponit.

Quartò & postremò grauitèr aduersatur l. vbi. C. de iur. dot. qua permittitur vxori vindicatio rerum dotalium, si maritus labatur facultatibus, contra posteriores creditores, vel alios qui non habent legibus potiora iura. Hinc liquidò patet, creditoribus prioribus expressam hypothecam habentibus, mulierem non præferri, cùm posterioribus tantùm præponatur, & ijs qui potiora iura non habent, id est, qui tacita hypotheca nituntur. Resp. Quòd ista sit propria legis sententia, quòd mulier tam prioribus quàm posterioribus creditoribus præferatur, quamcunque hypothecam prætendant, nisi maius habeant priuilegium, vt fiscus in causa primipili, & liberi in exactione dotis maternæ. l. 4. C. In qu. ca. pig. tac. d. l. assiduis. §. & idèò. Guiber. d. loco. c. vlt.

ASSERTIO X.

*Promittens dotem incertam, efficaciter obligatur ad dotem, pro modo suarum facultatum, & dignitate mariti constituendam.*

**P**RIVILEGIUM dotis est, vt licet quis generaliter dotem, sine designatione quantitatis, aut certæ rei promiserit, tamen teneatur efficaciter, dotisque quantitas pro modo facultatum promittentis, & dignitate mariti, mulierisque statuenda est. Idque verum est, tam in patre puellæ, quàm extraneo. l. quæro. l. cum post. §. gener. ff. de iur. dot. l. 3. C. de dot. prom. l. cum is. §. 32. §. mulier. ff. de cond. inde.

Obijcitur l. 1. C. de dot. prom. vbi ex his verbis in pactis dotalibus comprehensis, *Ea qua nubit, dotem dare promittit*, mulier contra eos, qui eam nuptui collocabant, agere non potest, ad dotem constituendam. Resp. Ibi ipsa mulier obligauerat suam perso-

personam ad dotem dandam, itaque alij qui dotem non promiserunt, minimè obligatione adstringuntur. Hoc igitur tantùm ista lege deciditur, quòd cùm nihil sit mulieri promissum, sed ipsa promiserit dotem, mulierem quoque actionem non posse intendere ad dotem dandam. Sed de hac quaestione, an incerta promissio dotis mulierem obliget, nihil ista lege definitur. Si tamen quid certi statuendum esset, dicendum est, obligari mulierem, vt dotem pro modo suarum facultatum & dignitate mariti constituat: nam in pijs causis, vt est dotis constitutio, incertitudo non vitiat promissionem. l. si filia 43. de leg. 3. Costal. ad d. §. gener. Quòd si extraneus promisit, sine certa quantitate aut specie se dotaturum puellam, tantum dare cogitur, quantum habita ratione bonorum eius, & dignitatis puellæ, iudex æquum statuet. d. l. 3. Connan. & Duare. aliter hanc antinomiam conciliant, & d. l. 1. ita intelligunt, quòd mulier incertam dotem promittens non obligetur, & vel vno denario, vel minima re in dotem data liberetur. Ratio est, quia cùm mulier in genere dotem promittit, sua refert, nullam vel minimam dotem esse in obligatione, vt omnia reliqua bona sibi propria habeat, titulo dotis non obligata, debetque maritus suæ ignorantia imputare, quòd non contraxit cautius. Sed quando alius pro muliere dotem incertam promittit, efficaciter tenetur, quia non solum mariti, sed multò magis mulieris interest, dotem arbitrio viri boni taxari, ne mulier fiat indotata, & sic fortassis à viro domo expellatur. l. vlt. C. Ad SC. Veil. Connan. lib. 8. com. c. 8. Duare. lib. 1. disput. anniuèr. c. 56.

ASSERTIO XI.

*Filia superstitibus liberis in coniugio defuncta, dos profectitia non reuertitur ad patrem, sed manet penes maritum.*

**D**EFENSA fuit hæc sententia, & primò recepta à Martino propter has firmissimas rationes. Primò dos dicitur proprium filia patrimonium. l. 3. §. ergo. ff. de mino. idèò ad liberos prius quàm parentes bonorum dotalium mu-



lieris successio deuoluitur. §. i. No. de here. ab intest. Secundò dos propter onera matrimonij datur, sed maritus mortua, superstitibus liberis, vxore, onera adhuc sustinet. l. si maritus 46. ¶ Fam. ercif. Ergo æquum est dotem penes eum manere. l. si is qui. §. ibi dos. ¶ de Iu. dot. Tertio hanc sententiam confirmat l. illam. C. de collat. in qua nepotes auo succedentes dotem matris conferre compelluntur; quod non eueniret, si dos mortua filia reuenteretur ad patrem. Quarto confirmatur hæc sententia ex l. pater. ¶ de pact. dot. vbi respondetur, valere pactum, quo pater qui filia nomine dotem dedit, paciscitur, vt mortua filia superstitibus liberis, deducta parte tertia, reliqua dos sibi, aut post mortem suam filijs reddatur. Quòd si dos ex iuris communis dispositione ad patrem regredi deberet, frustra tale pactum interponeretur. Quintò hanc opinionem corroborat l. post dotem 40. ¶ Sol. mat. vbi pater stipulatus erat dotem sibi reddi diuortio facto, & pronuntiauit Papinianus, quòd postquam extiterit stipulationis conditio, & filia sine liberis decesserit, pater ex stipulatu rectè agat. Ergo superstitibus liberis relictis, dotis conditio patri denegabitur. Vltimò manifestè hæc sententia comprobatur in l. vnica. §. illo procul dubio. C. de rei vx. act. vbi traditur, quòd mortua in matrimonio muliere, dos queratur illius hæredibus: proximi autem hæredes matri sunt liberi, etiam in lucris nuptialibus. l. sancimus. C. Commu. de succes.

In contrariam partem citatur l. pater filia. ¶ de euct. & l. dos à patre. C. Sol. mat. Verùm respondetur, quòd istis legibus simpliciter dicatur, quòd si in matrimonio decesserit filia. fam. quòd dos à patre profecta ad eum reuertatur: sed nulla ibi fit mentio de casu existentium liberorum. Ideoque ex generali istarum legum decisione nihil certi in hac quæstione probari potest. Vnde rectè tradunt communiter DD. quòd maritus potest retinere dotem propter liberos. Wesem. in parat. ¶ Sol. matr. Pulchrè Faber. lib. 1. coniect. c. 16. vbi hanc sententiam consuetudine obseruari notat.

Secundò obijcitur l. vnica. §. sileat. C. de rei vxor. act. vbi dicitur, maritum non retinere dotem propter liberos. Resp. lex illa pro-

illa procedit, quando diuortio solutum est matrimonium, tunc maritus dotem retinere non potest propter liberos. Idque confirmat euidenter d. §. sileat, vbi subiungitur, ideò maritum retentione dotis non uti, ne varium genus culpæ contra vxorem excogitet. Quod omninò accipiendum est de matrimonio diuortio soluto, non morte mulieris, cum nulla culpa mariti vel mulieris accidat, si morte dissoluatur coniugium.

In aduentitia quoque dote liberi præferuntur patri, & mortua in matrimonio muliere, dos aduentitia semper penes maritum manet. l. mulier. ¶ de cond. inst. l. 5. ¶ de bon. damn. l. 23. & 24. ¶ de euct. l. 15. ¶ de fund. dota. Cuiac. lib. Obs. g. c. 4. Ferr. in for. libel. quo vxor agit ad dotem.

## ASSERTIO XII.

*Mulier naturaliter domina est dotis, maritus  
fictioe iuris civilis.*

**T**RADITVA hæc distinctio in l. in rebus 30. C. de iu. dot. Maritus dominus est dotis, inspecto scilicet initio, quoniam dos ipsi traditur. l. 7. §. fuit autem. l. 9. §. i. ¶ de iu. dot. l. si prædium. C. eo. Præterea quoad exercitium actionum, & administrationum bonorum dotalium, quam lex ei concedit, constante matrimonio, maritus censetur dominus dotis. l. de his. C. de iu. dot. l. doce ancillam. C. de rei vend. Item quoad fructus dotis, maritus fictioe iuris censetur dominus dotis, quos percipit & lucratur pro oneribus matrimonij. l. pro oneribus. C. de iur. dot. Verùm inspecto effectu exituque, quia plerunque morte mariti aut diuortio soluto matrimonio, dos redit ad mulierem, & quia interim omne emolumentum ad eam pertinet. l. Titio centum. §. Titio genero. ¶ de cond. & dem. effectu scilicet, cum pro ea maritus vicissim onera matrimonij sustinere cogatur. l. quamuis 75. ¶ de Iu. dot. mulier iure naturali est domina dotis, maritus fictioe iuris civilis l. 6. §. si fundum. l. si constante. §. si maritus. ¶ Sol. mat. l. 3. §. ergo. ¶ de mino. l. Lucius. §. idem respondit. ¶ ad Municip.

Obijcitur



Obijcitur huic sententiæ, quod duo in solidum eiusdem rei domini esse non possunt. l. si ut certo. §. si duobus. ¶ Commod. Igitur maritus & vxor non sunt dotalium rerum domini. Resp. Dominium duplex est: Vnum verum & efficax, quod mulier habet, quæ iure naturali domina est dotis. d. l. in rebus. Alterum fictum & imaginarium, quod est apud maritum, qui fictione iuris dominus dotis esse censetur: Atqui dominium eiusdem rei apud plures diuerso respectu esse potest. Sic directum dominium agri emphyteutici habet dominus directus, qui prædium dedit in emphyteusin, vtile dominium habet emphyteuta, quia utilis in rem actio illi conceditur. l. i. ¶ Si ag. vect. pen. l. possessores. C. de fun. patr. lib. xi. Ita hanc quæstionem decidunt Coraf. lib. 5. Miscel. c. 14. Cuiac. lib. 10. Obs. c. 32. Guibert. de dotib. c. 5.

## ASSERTIO XIII.

*Pro restituenda vel conseruanda dote, maritus non est cogendus fideiussorem dare, datus tamen tenetur.*

**P**ROBATVR hæc sententia satis apertè ex l. 2. C. Ne fideiussor dot. dent. quæ dicit nullam fideiussionem exigendam esse à marito pro dote. loquitur ergo lex in eo casu, quo maritus inuitus cogitur ad dandum fideiussorem. Itaque à marito volente efficaciter datus fideiussor tenetur.

Obijcitur l. 1. & 2. C. Ne fideiussor dot. den. Vbi dicitur, fideiussorem pro dote datum non teneri, ideò quod videatur ea fideiussio bonis moribus contraria, cum causam perfidiæ in connubio generet. Resp. Inciuile est ad dandum fideiussorem maritum dotis nomine cogendum esse, quia cum mulier sese vitamque suam fidei mariti commisit, multò magis bona sua eius fidei commississe censetur. Sed si à marito volente datus sit fideiussor, efficaciter tenetur. Primò, quia omni obligationi fideiussor accedere potest. l. i. ¶ de fideiussor. Secundò, quia pignus à marito pro dote vxori dari potest, l. quod autem 7. §. si vxor. ¶ de don. int. vi. & vx. Ergo & fideiussor, quia fideiussio similis est pignori dationi. l. promissor 21. §. vlt. ¶ de const. pec.

Secundò

Secundò obstat l. si constante. §. quoties. ¶ Sol. mat. Vbi maritus tenetur vxori satisfacere de restituenda dote. Resp. Ibi maritus soluto matrimonio, non constante, satisfacat de restituenda dote, quo casu iure veteri non statim, sed annua bima, trima die, id est, tribus annis pensionibus tenebatur dotem reddere, iure nouo intra annum, res dotales mobiles. ¶ vnic. §. exactio. C. de rei vx. act. Si ergo soluto matrimonio à muliere, vel eius heredibus conueniatur maritus ad restitutionem dotis, tunc non sufficit nuda promissio, sed maritus tenetur datis fideiussoribus vel pignoribus, satisfacere sua die dotem mulieri reddi.

Tertiò aduersatur l. cum dotis 55. ¶ de iu. dot. vbi videtur adferri, quod à marito fideiussor pro dote restituenda possit exigi. Resp. Ibi non à marito dari petitur fideiussor pro dote restituenda, sed è contra ab vxore, quæ marito dotem promittit, fideiussor postulatur pro dote danda. Probant hanc assertionem Horom. in disput. de dotibus. Duare. ad tit. de iu. dot. c. 4.

Postremò hoc argumentum in contrarium adfertur. Pacta quæ contra leges & bonos mores fiunt, nullius sunt momenti. l. 6. C. de pact. Sed pactum quo coniuges paciscuntur, vt à marito pro dote conseruanda fideiussor detur, est tale, quia fouetur & generatur causa perfidiæ in connubio, eò quod plus vxor fidat extraneo fideiussori quam marito. l. 2. C. Ne fideiussor dot. den. Ergo conuentio de fideiussore dando, etiam vltro à marito facta non valet. Resp. Lex non prohibet, ne maritus etiam volens det fideiussorem, sed tantum inhihet, ne inuitus dare cogatur. At verò quoties præceptum prohibitium respicit commodum eius, cui fit prohibitio, tunc consilium potius est, quam præceptum. l. filiusfam. §. Diui. de leg. 1. Vnde præceptum illud, ne fideiussores det, quoad maritum non obligat, quia quilibet potest favori suo renunciare. l. si iudex 41. ¶ de mino. & volens non afficitur iniuria. l. i. §. fin. ¶ Quod fal. tut. auct. Trot. in addit. ad Bart. in l. si constante. §. quoties. ¶ Sol. mat.

Pp

ASSERTIO



## ASSERTIO XIV.

*Pater tam diuiti, quam pauperi filia, modò legitima sit, dotem constituere cogitur, non verò naturali tantum.*

**P**ERTINET ad officium patris, liberis suis dotem vel donationem propter nuptias dare. l. ult. C. de dot. prom. vbi dicitur, officium paternum esse liberos dotare. Quod ita accipiendum est, quòd hoc magis necessitatis sit quàm arbitrij & voluntatis paternæ. l. dotem. ff. de coll. bono. l. qui liberos. ff. de rit. nupt. vbi dicitur, quòd pater auctoritate magistratus potest compelli, vt filias nuptui collocet, & pro modo facultatum dotem illis constituat. Sicut in simili ad officium iudicis dicitur pertinere, quod ex præscripto muneris publici, & iuris auctoritate cogatur, necessariò cogitur facere, puta testes infames à testimonij dictione repellere, lites superfluas diminuere. l. quidam. ff. Si cer. pet. l. quaesitum. ff. de test. Guiber. de dotib. c. 3. Naturalem tamen filiam pater dotare non cogitur, l. vxorem 4. §. pater naturalis. de leg. 3.

Obijcitur l. si quis à liberis. §. 2. ff. de lib. agn. vbi dicitur patrem non teneri filia locupleti alimenta præstare, ergo nec ad dotandam eam tenetur. Resp. Non procedit argumentum ab alimentis ad dotem, quia maior est fauor dotium ob vtilitatem publicam: publice enim interest foeminas esse dotatas, vt facilius maritos inuenire possint. l. i. ff. Sol. ma. Deinde legitima portio, cuius vicem hodie dos obtinet, etiam dirisimis liberis debetur, alimenta verò non item. Cum ergo patri non liceat filiam locupletem exheredare, quinimo tenetur ei debitam portionem legitimam relinquere. §. aliud. No. 115. Ergo & in dote idem dicendum est, quippe cuius eadem ferè inspectio est, quæ legitimæ portionis, vtpote cum dos in legitimam imputetur. l. quoniam 29. C. de inoff.

Secundò obijcitur, quòd naturales liberi à parentibus sunt alendi. §. pen. No. 89. Ergo & dotari debent. Resp. Vt prius dictum est, non rectè ab alimentis ad dotem ducitur argumen-

tum. Nam hæc in iure sæpè distinguuntur. Sic enim liberti alimenta liberis patroni debent, d. l. si quis à liberis. §. solent, quos tamen dotare non compelluntur.

## ASSERTIO XV.

*Filia qua dote acceptura, nihil amplius se ex hereditate patris accepturam promisit, ab intestato patri succedere non prohibetur, nisi pactum iuramento confirmauerit.*

**T**EXTVS est expressus in c. 2. ex. de pact. vbi additur ratio, quòd omne iuramentum, quod præstitum, non vergit in æternæ salutis dispendium, est seruandum. Potest namque hoc pactum iureiurando confirmari, quia non repugnat bonis moribus: sed ob id solum iure reprobatur, ne liberi modico præsentem contenti, grandem plerunque successionem repudient. arg. l. cum hi. ff. de transact. Quod ex eo patet, quòd hoc pactum post mortem parentum initum, validum est. l. si quando. §. 1. C. de inoff. test. Alia pacta, quæ contra bonos mores sunt, hoc est, contra æquitatem honestatemve naturalem, iureiurando non possunt confirmari. c. non est obligatorium. de R. I. in 6. quia iusiurandum non debet esse vinculum iniquitatis. c. quanto. ex. de iureiur. Auth. quod eis. C. de nupt. Tale est pactum de succedendo, quod omninò contra bonos mores est, & plenum periculosissimi tristissimique euentus: nam viuentis mortem funesto & lugubri voto facit expectari. l. ex eo. C. de inu. stip. l. ult. C. de pact. l. donari. §. ult. ff. de dona. Ideoque hoc pactum iureiurando non corroboratur. c. Quintauallis. ex. de iureiur.

Obijcitur primò, quòd hoc pactum iuratum, quo liberi paterna hereditate excluduntur, videtur esse contra bonos mores naturales: quia naturalis ratio, quasi tacita quædam lex, liberis hereditatem parentum addicit. l. ult. ff. de bo. damn. Resp. Non tota hereditas parentum iure naturæ debetur liberis, sed legitima portio hereditatis tantum, eoque sensu d. l. ult. accipi potest. Vnde & si renunciatio successionis fiat pro minore quantitate,



quàm est legitima, absolutionem à iuramento concedi posse affirmat Peck. ad d.c. non est obligatorium.

Secundò obstat, quòd pacta siue iuramenta contra leges iniurata non valent. l. non dubium. C. de leg. Sed legibus hoc pactum prohibetur, quo filia dotata renunciat futuræ successioni. Ergo iuramento confirmari non potest. l. pactum. C. de colla. Resp. ex sententiâ Dyni ad d.c. non est. Aut prohibetur aliquod pactum legibus propter turpitudinem sui, & hoc pactum iuramento non confirmatur. Nam Christianus homo ita institutus esse debet, vt mortem potius oppetat, quàm impium vel inhonestum quid promittat vel admittat. Et valere hic debet aurca & præclara illa Isidori sententia. In malis promissis rescinde fidem, in turpi voto muta decretum. Quod incautè vouisti, ne facias. Impia est promissio, quæ scelere adimpletur. c. in malis 22. q. 4. Aut prohibetur aliquid in priuilegium & fauorem personæ, & tunc iuramentum interpositum ab eo, in cuius fauorem prohibitio facta est, est obligatorium, & confirmat rem de qua agitur. Auth. sacramenta C. Si adu. vendit.

Tertiò aduersatur l. 1. §. si parens. & Si à paren. quis man. in qua lege filius certis rebus datis patri pactus est, ne pater extrema sua iudicia inquietaret, & dicitur ibi, hoc pactum de non succedendo valere, licet non sit iureiurando confirmatum. Resp. Ibi filius tantum dedit patri, quantum sufficit ad legitimam: itaque pater excluditur à successione filij, non propter pactum, sed quia tantum accepit, quantum sufficit ad legitimam. Lex enim statuit, vt citra vllam pactionem legitima relicta liberis vel parentibus excludat querelam inofficiosi. l. si non mortis 25. & de inoff. Filia tamen enormiter læsa, non obstante renunciatione iurata, potest ex capite enormis læsionis contrauenire renunciationi, petita prius absolutione à iuramento, l. si superflite. C. de dolo. Maran. in spec. aur. disp. x. num. 42. vt quia pater in bonis habebat decem millia, & filia acceptis in dotem ducentis, renunciauit hereditati paternæ. Ferrar. in for. libel. ad poenam ex compro. Ratio est, quia magna & enormis læsio inducit præsumtionem doli, & consequenter rescissioni renunciationis locus est. l. omnes. §. Lucius. & Quæ

& Quæ in frau. cred. Minf. cent. 5. Obs. 59. & 60. vbi notat secundum hanc sententiam in Camera imperij pronuntiatum. Quod tamen fallit, nisi mulier sciens hæreditatis æstimationem, sponte & ex certa scientia renunciauit, nam tunc non restituitur contra renunciationem, quia scienti & volenti non fit iniuria. Communis est DD. opinio, teste Viuio in com. opin. in loco. Mulier.

## ASSERTIO XVI.

*Socer de dote conuentus, tantum in id quod facere potest, tenetur.*

**Q**UÆSTIO magna est, de socero de dote conuento, an priuilegium ei tribuatur, vt quatenus facere potest, condemnetur? Est autem socer vel mariti, vel vxoris pater. l. 4. §. gradus. & de grad. & affin. Et aduersus vtrunque actio esse potest, aduersus patrem mariti de dote repetenda, quæ filiosam soluta est: aduersus patrem vxoris, de dote, quam ipse genero promissit. De mariti patre constanter traditum est, cum in id quod facere potest, esse condemnandum. l. rei iudicatæ 15. §. socero. & Sol. matr. l. sicut autem 21. & de re iud. Ratio est, quia parentibus id beneficium competit, socer autem parentis loco est. l. quia 16. & Sol. mat. De mariti socero, id est, vxoris patre, maior est controuersia. Paulus enim in l. ex diuerso. & Sol. mat. hoc beneficium ei competere scribit, quòd in l. 21. & de re iud. negat. Quas leges in d.l. ex diuerso, Duarenus sic conciliat, vt ex duabus vnam faciat, vt hic sit sensus, Neratio & Proculo æquum visum fuisse, socerum à marito conuentum, in id quod facere potest, condemnari; sed vsu aliter receptum est, id est, non probari hanc æquitatem vulgò. Quæ conciliatio plus habet subtilitatis, quàm vtilitatis. Magis placet solutionem ex alio responso Pauli petere, quod extat in l. penul. & de in. dot. vbi ita hæc conciliantur, vt scilicet, si constante matrimonio maritus à socero dotem petat, socer tantum in id quod facere potest, sit condemnandus, soluto verò matrimonio in solidum, l. sed hoc ita 22. & de re iud. Ratio est, quia affinitates eas tantum accipere



debemus, quæ durant, non quæ aliquando fuerunt. Vnde di-  
remta affinitate, quæ causam dedit huic priuilegio, expirat quo-  
que priuilegium. l. 3.  $\bar{n}$  de postul. Quod ita tamen demum ve-  
rum est, si aliqua fraus in focero arguatur, vt scilicet, cum sciret  
se soluendo non esse, ampliorem dotem promiserit genero,  
quam præstare posset, vt hac fraude eum ad matrimonium con-  
trahendum induceret, tunc enim ab hoc priuilegio arcebitur,  
Costal. in d. l. pen.

## ASSERTIO XVII.

*Necessarias impensas quilibet tam bonæ quàm malæ fidei pos-  
sessor deducit. Utiles bonæ fidei possessor deducit: Malæ  
verò fidei possessor easdem aufert, siquidem sine læsione sta-  
tus prioris rei auferre potest.*

**P**ROBATVR hæc decisio per l. domum. C. de rei vend. vbi  
Gl. & DD. omnes communiter ita statuunt. Et quidem  
de necessarijs impensis, quòd eas indistinctè malæ fidei pos-  
sessor deducat, nulla dubitatio est. d. l. domum. quia sibi im-  
putaretur, si non faceret. Nam si quid quod necessariò fa-  
ciendum erat, omittat, & damni hinc aliquid existat, tenetur  
illud malæ fidei possessor domino refarcire. Bart. in l. in fun-  
do.  $\bar{n}$  de rei vend.

De vtilibus impensis tantum mouetur controuersia, sed ve-  
rior est sententia, bonæ fidei possessorem eas omnimodò dedu-  
cere, malæ autem fidei possessori vtilis impensas, quod sine stru-  
cturæ detrimento fiat, tollere tantum permitti, hoc est, malæ  
fidei possessor vtilis impensas quidem detrahit, sed non con-  
sequitur earum æstimationem. Meno. de recup. posses. re-  
med. 15. num. 513.

Sed obijcitur §. ex diuerso. Inst. de rer. diui. vbi dicitur,  
quòd malæ fidei possessori nulla competat impensarum deductio.  
Hanc antinomiali communiter DD. tali distinctione tempe-  
rant. Aut malæ fidei possessor fecit impensas in reficiendo, seu  
fulciendo, & tales impensas vtilis reperit. Aut de nouo ædifi-  
cando

cando vtiliter aliquid impendit, & tunc non deducit impensas:  
quia si de nouo ædificium extruxit, sciens aream esse alienam,  
nec causam habet à domino, tunc omne quod impendit, do-  
nasse videtur. Cantian. ad d. §. ex diuerso. Alcia. ad l. impen-  
sæ. de ver. sign.

Balduinus in d. §. ex diuerso melius & verius sentire videtur,  
videlicet quòd stricto iure malæ fidei possessor repetitionem  
vtilium impensarum non habeat, cum videatur donasse: ex  
æquitate verò denegari ei auxilium non posse, siquidem im-  
pensæ quæ factæ sunt, sine læsione & detrimento rei auferri  
possint: & sic intelligitur d. l. domum, & l. in fundo.  $\bar{n}$  de rei  
vend. Quam distinctionem probat IC. in l. planè 38.  $\bar{n}$  de  
pe. her.

Secundò obijcitur l. in fundo.  $\bar{n}$  de rei vend. vbi bonæ fidei  
possessori permittitur tantum vtilis impensas tollere, non ergò  
plenè consequitur id quod impensum est vtiliter, quia tollere  
tantum potest id, quod sine læsione status prioris rei auferre  
potest, non verò consequitur vtilium sumptuum æstimationem.  
Distinguendum. Aut dominus est diues, qui potest sine graui  
detrimento vtilis expensas reddere, & tunc reddet prædictas  
expensas. tex. in d. l. in fundo. ver. finge pauperem. sumto ar-  
gumento à contrario sensu. Aut dominus est pauper, & tunc  
non cogitur vtilis impensas reddere, sed bonæ fidei possessori  
permittitur eas tantum auferre, si sine læsione rei tolli possunt.  
Bart. in d. l. in fundo.

Tertiò obijcitur l. si seruus seruum 27. §. si oliuam.  $\bar{n}$  ad l.  
Aquil. vbi qui in alieno fundo segetem defecuit, vel maturas  
vuas collegit, non repetit impensas factas, cum tamen sint vtilis.  
Resp. Ideò ibi non repetuntur sumptus, quia qui fecit sumptus,  
non possidebat fundum, ideoque donare censetur impensas,  
quia sciens in alieno fecit. Cuiac. lib. 10. Obs. ca.

Illud notandum est, quòd bonæ fidei ædificator, qui est in  
possessione ædificij, si conueniatur, habet exceptionem doli  
pro retentione impensarum. Si verò à possessione ceciderit,  
actionem nullam habet. l. Paulus 14.  $\bar{n}$  de excep. dol. Ratio  
est, quia actio oritur ex obligatione: nullum autem negotium  
hoc



hoc casu inter dominum & ædificantem gestum est, nihil vtrò  
citroque contractum est, proinde nulla obligatione & actione  
dominus tenetur. l. si in area 33. ꝛ de cond. inde. Martinus au-  
tem vetus Glossator dat bonæ fidei possessori ex æquitate actio-  
nem, teste Azone in sum. C. de rei vend. num. 26. Quod pro-  
bat & sequitur Castren. in d. l. si in area, vbi notat ædificanti  
bona fide in alieno solo, de rigore iuris non concedi actionem,  
sed ex æquitate competere actionem in factum, ex l. si & me &  
Titium. ꝛ Si cer. pe. & refert se ita consuluisse in causa cuiusdam  
Florentini. Hiero. Franc. ad l. culpa 36. de R. I. Quinimò si  
per errorem bonæ fidei possessor prædia restituit, non deductis  
sumtibus, dabitur ei conditio incerti, id est, conditio posses-  
sionis, cuius retentione sumtus seruare poterit. l. si vxor filio.  
ꝛ de don. int. vi. & vx. l. qui exceptionem. §. si pars. ꝛ de cond.  
inde. l. heres 21. ꝛ ad SC. Trebel. Cuiac. lib. 10. Obs. c. 4. Fer-  
ra. in for. resp. rei conuen.

## ASSERTIO XVIII.

*Tutor filijs datus, nepotibus datus non censetur.*

**H**æc assertio expressè traditur in l. 5. & 6. ꝛ de test. tuto.  
& §. vlt. Inst. Qui testa. tuto.

Obijcitur l. liberorum 220. ꝛ de V. S. vbi dicitur  
filiorum appellatione nepotes contineri. Resp. Hoc non ex si-  
gnificatione & proprietate verbi, sed ex mente & voluntate lo-  
quentis accipiendum est, scilicet cum id sensit is, qui de filijs  
locutus est, nam ex verbi significatione & proprietate, aliter filij,  
aliter nepotes appellantur. d. l. 6. Deinde cum hac exceptione  
ait Callistratus in d. l. 220. filiorum appellatione ex mente pa-  
rentis nepotes contineri, nisi voluntas testatoris aliter se habet.  
Quod autem tutore filijs dato, non contineantur nepotes, id  
etiam procedit ex voluntate & sententia testatoris, tum ne nimis  
onerentur tutores, qui fortè non possint sufficere omnibus pu-  
pillis tuendis, tum quia non expedit eundem tutorem dari filijs  
& nepotibus, quia fieri potest, vt omnium administrationi non  
sufficiat.

sufficiat. Adde quòd nihil nocebit nepotibus, eundem tutorem  
ipsis non dari, quia poterit nepotibus, cessante testamentario  
tutore, per iudicem de tutore prouideri. Doncl. lib. 3. com. c. 4.

Secundò obijcitur l. si filius. C. Ad SC. Maced. vbi dicitur,  
quòd licet SC. Macedonianum loquatur tantum de filijs, tamen  
etiam locum habet in nepotibus constitutis in potestate. Resp.  
In favorabilibus, & quando manifesta vtilitas hoc suadet, no-  
men filiorum etiam ad nepotes & pronepotes extenditur, vt in  
SC. Macedoniano, quòd favore filiorum fam. introductum est,  
ne ex mutuo sine voluntate patris accepto teneantur. Item cum  
filijs aliquid legatur, deficientibus filijs, etiam nepotibus debe-  
tur. d. l. liberorum. Contiùs ad d. §. vlt. Sic etiam si pater filios  
instituit heredes, præmortuis filijs, nepotes ex ijs relictis instituti  
quoque censentur. l. Lucius 85. ꝛ de her. inst. Alcia. ad l. fi-  
lij. 84. ꝛ de V. S.

## ASSERTIO XIX.

*Suspectus tutor ob latam culpam remotus,  
non sit infamis.*

**C**ONFIRMATVR hæc thesis euidetibus & apertis verbis  
in §. suspectus. Inst. de susp. tuto.

Contrarium, quòd ob latam culpam remotus tutor  
fiat infamis, probatur ex l. 1. ꝛ Si men. fal. mo. l. quod Nerua.  
ꝛ de pos. l. 1. §. is quoque. ꝛ de obl. & act. vbi dicitur quòd lata  
culpa dolus fit, & in doli crimen incidat. Igitur sicut ob dolum  
suspectus tutor fit infamis, sic quoque ob latam culpam. Resp.  
In poenis pecuniarijs & civilibus, lata culpa pro dolo habetur,  
l. d. §. non autem. ꝛ Si quis test. lib. esse ius. sed quando infli-  
genda est poena corporalis vel infamiae, lata culpa doli nomi-  
ne non continetur. l. in leg. 7. ꝛ Ad l. Corn. de sica. fama enim  
& vita hominis æquiparantur. l. iusta. ꝛ de manum. vind.

Secundò aduersatur huic sententiae, quòd tutor dicitur inte-  
gra existimatione abire à tutela, si ob segnitiam à tutela remo-  
uetur. l. 3. §. vlt. ꝛ de susp. tuto. Ergo à contrario colligitur,



quod si ob latam negligentiam remouearur, fiat infamis. Segnitici enim & desidiae appellatione absolute posita, solent IC<sup>n</sup> leuem culpam demonstrare. l. contractus. de R.I. Baro ad d. §. suspectus. Resp. Probabilis hic videtur Zazij & Minfi. distinctio, quod lata culpa alia sit versutiae, alia ignauiae. Culpa versutiae est, cum quis ex versuto & malo animo res alienas affectata segnitie negligit, cum in rebus suis curandis & custodiendis prouidus sit & diligens. Exempla sunt in d.l. quod Nerva. l. idemque 10. §. generaliter. & l. si fideiussor. 29. §. Manda. Haec culpa vbique dolo comparatur, & pari iure cum dolo censetur. Culpa ignauiae, est supina & nimia negligentia, vt si quis ignoret, quod omnes sciunt & intelligunt l. latae culpae 223. de V.S. Haec lata culpa ignauiae dolo non comparatur, vt quae plus habet stultitiae & incitiae quam malitiae. Minfi. ad d. §. suspectus.

## ASSERTIO XX.

*Testamenti factio iuris Ciuilis potius est,  
quam gentium.*

*fol. 42 v. 4  
ill. 1.*  
**T**ESTAMENTVM iure ciuili originem habuisse, & introductum esse tenet Bart. in l. ex hoc iure. §. de iust. & iu. Castren. in l. 3. §. de testa. Idque probatur primo ex §. sed cum paulatim. Inst. de test. ord. vbi dicitur ius testamentorum tripartitum esse, & referri partim ad ius ciuile, partim ad ius praetorium, partim ad constitutiones principum, neque fit vllius testamenti à iure gentium introducti mentio. Secundo probat hoc l. verbis legis. de V.S. vbi dicitur heredum institutorum facultatem à legibus XII. tab. datam esse, ergo testamentum est iuris ciuilis, cum heres nisi in testamento institui non possit. §. ante heredis. Inst. de lega. Tertio probatur ex eo quod deportati non amittunt ea, quae sunt iuris gentium. l. quidam. §. de poen. sed nec testamentum facere, nec ex testamento capere deportati possunt. l. 1. C. de here. inst. Ergo testamentum non est iuris gentium. l. 2. C. de ho. profcip. vbi dicitur, quod deportatus moriens non relinquit heredem. Quarto adducitur

fortis-

fortissimus tex. in §. vlt. Inst. de vsu. & habit. vbi testamentum ponitur inter modos acquirendi dominij iuris ciuilis.

Verum DD. communiter statuunt, quod testamentum sit origine iuris gentium, forma autem iuris ciuilis. Vigl. ad §. 1. Inst. de test. ord. DD. in l. 1. & l. interdum. §. de cond. inde. Adducunt pro hac opinione c. 25. & 27. Genes. vbi Abraham reliquit omnia sua bona Isaac post mortem: item Isaac dedit hereditatem suam Iacobo, excluso Esau. Resp. quod hi patres non forma testamenti, sed benedictione, & alio quouis modo bona sua reliquerunt liberis. Illa enim vltima voluntas non dicebatur testamentum, cum testamentum sit à iure ciuili postea introductum. Quoties enim ius ciuile actui alicui nomen & formam tribuit, ille actus censetur iuris ciuilis, vt patet in stipulatione, quae quia formam & nomen à iure ciuili accepit, iuris ciuilis esse dicitur. §. de constituta. Inst. de act. Sic testamento ius ciuile dedit formam & nomen. §. 1. & 2. Inst. de testa. ord. ergo à iure ciuili introductum est. Quod autem iuris gentium non sit, probatur ex eo quoque, quod omnes gentes testamentorum vsu non obseruauerunt. Sic apud Germanos ius testandi in vsu non fuisse Tacitus scriptum reliquit.

Multum autem prodest inuestigare, vtrum iure ciuili, an gentium testamentum sit introductum: quia si statuimus esse iuris ciuilis, poterit statuto disponi, quod nemo possit testamentum condere, prout in ducatu Geldriae vsu obtinet, in quo nulli de rebus immobilibus testamentum condere licet. Si verò dicimus iuris gentium esse, non poterit statuto tolli testamenti factio, quia iura ciuilia possunt tolli lege vel statuto, cum iura gentium iure ciuili mutari & abrogari nequeant. §. pen. Inst. de iur. natu. Palchre Tobias Nonius ad tit. Inst. de testa. ordin. Alcia. ad l. nihil 24. de V.S.

Qq 2

ASSERTIO



ASSERTIO XXI.

*Filiusfam. ne de illis bonis aduentitijs quidem, quorum vsusfructus patri non queritur, testari potest.*

**P**ROBATVR hæc sententia in l. pen. C. Qui testa. fa. pos. Adhæc quod filius de aduentitijs bonis testari nequeat, non ea causa prohibitionis est, quod eorum vsusfructus ad patrem pertineat, sed quod ius testandi tribuatur iure publico, & legibus XII. tab. Hæc autem leges ita cauent. Paterfam. vti super pecunia tutelæ sua legassit, ita ius esto. Hoc ius XII. tab. postea Imp. ita coarctarunt, vt filiofam. in bonis castrensibus & quasi, ius testandi concesserint: in reliquis ergo bonis manet ius vetus immutatum.

Obijcitur primò quod traditur in l. filiusfam. 9. De his qui sui iur. sunt, quod filiusfam. in publicis causis loco patrisfam. habeatur. Atqui testamēti factio est iuris publici. l. 3. de testa. Ergo filiusfam. etiam potest de bonis aduentitijs, quæ pleno iure ad eum pertinent, testamentum facere. Resp. Lex XII. tab. expressè requirit, vt paterfam. sit, qui de sua pecunia testatur. Sic enim habent verba legis XII. tab. Paterfam. vti legassit super pecunia tutelæ sua, ita ius esto. Quod verò attinet ad legem contrariam, quod scilicet filiusfam. in publicis causis habeatur pro patrefam. hoc verum est, vt lex ipsa declarat in publicis muneribus & officijs, vt scilicet possit filiusfam. non minus ac paterfam. magistratum gerere, tutelam, ac reliqua publica munera subire.

Secundò grauissimè obstat l. vlt. C. de bo. quæ libe. vbi disertè statuitur, in ijs tantum bonis, in quibus patri non queritur vsusfructus, filiumfam. testari non posse. Ergo à contrario sensu, in alijs bonis aduentitijs, quæ in solidum ad filium pertinent, permittitur illi testamēti factio. Sed respondetur, hac restrictione excipi sola castrensia & quasi castrensia bona, quia eius constitutionis tempore vnicus tantum casus bonorum aduentitiorum extabat, quo vsusfructus patri non acquirebatur, & in

& in quo testamēti factio considerabilis erat, nimirum quando filius sine patris consensu hereditatem adijisset. Atqui in d. l. penul. C. Qui test. fac. pos. disertè expressum est, non licere hoc casu filiofam. testari: ait enim Iustinia. siue sine patris consensu bona possideant, siue cum eius voluntate, non permittimus filijsfam. testamenta facere. licet autem plures species bonorum aduentitiorum postea repertæ sunt, quibus vsusfructus patri non queritur, tamen in omnibus hisce speciebus vigore d. l. penul. filiofam. testandi licentia denegatur, quia d. l. penul. vna est ex 50. constitutionibus, quæ emendat d. l. vlt. Per 50. enim constitutiones tanquam nouissimas Codicis leges, veteres constitutiones eidem Codici insertæ reformantur. Vnde ex constitutione d. l. vlt. malè colligunt DD. quod filius de bonis aduentitijs, quorum habet plenam proprietatem, testari possit, cum per d. l. penult. emendetur asserta l. finalis.

Nihil facit ad confirmationem contrariæ opinionis §. 1. No. Vt lic. mari & auia, vbi dicitur, filiofam. de eo cuius patri non queritur vsusfructus, licere disponere: disponendi autem verbum videtur ad ius testamenti pertinere. Nam hoc dissoluit Græca lectio. Neque enim Imp. vsus est verbo διατεστωμαι, sed διοικειν, quod significat administrationem inter viuos. Quapropter filius poterit aduentitia bona administrare inter viuos, & in contractibus, non autem de ijs in vltima voluntate disponere, quod sequentia Nouellæ verba manifestè demonstrant. Cuiac. ad No. 117. Vigil. ad §. I. Inst. Quib. non est perm. fa. test.

Postremò obstat l. Imperator 50. ad SC. Treb. vbi bona aduentitia, in quibus pater nullum habet vsusfructum, comparantur peculio castrensi. Atqui filius de peculio castrensi testamentum facere potest. Ergo, &c. Resp. Comparantur aduentitia bonis castrensibus, quamdiu viuit filius, ideoque mortuo filio in potestate, etiamsi de ijs testatus sit, redeunt ad patrem, quia ipso iure nullum est testamentum de bonis aduentitijs, quæ pleno iure filiofam. acquiruntur. Scitè. Cuiac. ad l. 6. Qui test. fa. pos.



## ASSERTIO XXII.

*Contractus in testamento fieri non possunt.*

**P**ROBAT hanc assertionem l. heredes palam §. vlt. de testa. l. cum antiquitas. C. eo. vbi dicitur testamenta unico contextu fieri debere, nullo actu extraneo interueniente. fa. l. duos reos. §. vlt. de duo. reis. Atqui contractus sunt actus planè alieni & diuersi à testamentis, & toto genere inter se distinguuntur. Nam testamenta vsque ad mortem possunt reuocari. Atqui à contractibus semel initis non licet alterutri contrahentium inuito altero recedere. l. 4. de adi. lega. l. sicut. C. de obl. & act. Huc facit l. verba 20. de V. S. vbi dicitur, verbum contrahere non pertinere ad ius testandi.

Contrarium tamen communi sententia DD. receptum est, quæ certè opinio defendi posse non videtur, cum nulla lege fulciatur. Adferunt primò DD. hæc argumenta. Primò quòd adsignatio libertorum fieri possit testamento, l. adsignare. de affig. liberi. Sed respondeo, quòd testator adsignando libertum, cum alio non contrahat, sed tantum suam voluntatem sine contractu declarat.

Secundò obijcitur, quòd testamento pignus possit constitui. l. non est mirum. de pig. act. Item quòd testator iureiurando heredem adstringere possit vt aliquid faciat. l. cum pater 77. §. filius. de leg. 2. Resp. Tum demum pignus rectè testamento constituitur, quando pro eo, quod in testamento relictum seu legatum est, conceditur: tunc enim ad id quod in testamento agitur, pertinet. l. Lucius xi. de ali. lega. Quòd verò de iuramento additur, nihil ad rem facit, quia iuramentum non est contractus, sed declaratio voluntatis, inuocatione diuini nominis confirmata.

Tertiò obijcitur l. etiam. de inoff. test. ex qua donationem causa mortis testamento fieri posse colligitur. Resp. Ibi donatio causa mortis induit naturam fideicommissi. Nam olim donatio causa mortis traditione vel stipulatione demum, hodie etiam

nuda

nuda conuentione perficitur. l. si quis argentum. §. fin autem. C. de dona. Et sic cum donatio causa mortis olim non erat contractus, potuit & testamento fieri, præsertim cum hæc donatio instar legati obtineat. l. etsi 17. de don. cau. mor. Vigl. ad §. sed cum paulatim. Inst. de test. ord. Vel respondendum breuius & apertius, quòd donationes causa mortis non rectè inter contractus numerantur, quia Iustinianus eas planè legatis comparauit l. vlt. C. de mor. cau. dona. Hotom. ad d. l. heredes. §. vlt.

## ASSERTIO XXIII.

*Filius emancipatus, sicut & frater, maritus, vxor, ministri, rectè in testamento adhibentur testes.*

**F**ILII qui sunt in potestate, item fratres qui in eiusdem patris sunt potestate, non possunt esse testes in testamento patris aut fratris. §. in testibus. Inst. de testa. ord. l. qui testamento. Qui test. fa. pos. Vnde colligitur à contrario sensu emancipatos filios posse esse testes in testamento patris, item fratrem fratri emancipato condenti testamentum, testem esse posse. Ratio diuersitatis est, quia liberi in potestate, item fratres in eiusdem patris potestate reprobantur testes, eò quòd propter vinculum patriæ potestatis vna persona censentur. Inducit siquidem patriæ potestas fictionem quandam vnitatis, propter quam repelluntur à testimonio, quia videntur pro se ipsis testimonium ferre. §. ei verò. Inst. de inut. stip. Sin verò filius est emancipatus, quia iam habetur pro extraneo, poterit in paterno testamento esse testis: cessat enim hæc vnitatis personarum. Vnde & alij domestici testes, vt fratres emancipati, maritus, vxor, & ministri, rectè hic adhibentur testes. l. respiciendum xi. de poen. Ita notat Castren. ad d. l. qui testamento. §. i. Approbant Vigl. & Wesem. ad d. §. in testibus, vbi contra Bart. & DD. hanc sententiam rectè defendunt.

Obijcitur l. 2. C. de testib. vbi dicitur, quòd domestici testimonij fidei iure improbat. Ergo domestici testes, vt sunt maritus, vxor, frater emancipatus, ministri non rectè adhibentur testes.



testes in testamento. Resp. Domesticus testis in testamentis intelligitur is, qui est in familia & potestate testatoris, non qui familiaris est testatori, vel cum eo habitat. Domesticum enim testimonium in testamentis, non ex cohabitatione, sed ex coniunctione vnioneque quæ per patriam potestatem contingit, æstimatur. §. pater. & ibi Theop. Inst. de test. ord. Domum enim pro familia & potestate sæpè accipimus. Sic suos heredes domesticos esse ait Imp. in §. sui autem. Inst. de her. qua. & diff. qui sunt in familia & potestate testatoris. Hi itaque domestici, qui sunt in potestate testatoris, tantum prohibentur esse testes in testamentis. Cateri verò domestici testes, non prohibentur in testamentis, sed in iudicijs vel contractibus tantum. Ratio diuersitatis est, quia tunc prohibentur domestici, quando per eorum testimonium aliquid acquiritur ei pro quo producuntur, & de eius lucro agitur. Sed in testimonijs testamentarijs non agitur de commodo eius pro quo testes producuntur, sed tantum hoc spectatur, ut vltima defuncti voluntas exitum sortiatur, cui leges plurimum fauere solent, l. vel negare. ¶ Test. qu. ape.

Secundò obijcitur l. parentes. C. de testib. vbi dicitur, parentes & liberos non posse sibi inuicem esse testes. Resp. Hoc intelligendum est, quando liberi volunt pro parentibus testificari, in eorum commodum, scilicet in actibus inter viuos: quo casu repelluntur propter immodicam affectionem & benevolentiam, qua non minus liberi sui, quam emancipati, parentes suos prosequuntur. In testamento autem patris, filij emancipati possunt esse testes, quia non testificantur in commodum patris, sed pro herede patris. Castren. d. loco.

Tertiò repugnant inter se d. §. in testibus, & d. l. qui testamento. §. per contrarium. Nam in §. in testibus, negatur in testamento filij de castrensi peculio testantis, patrem & fratrem posse esse testes, quod in §. per contrarium, euidenter affirmatur. Resp. §. in testibus intelligendus est, quando filius facit testamentum iure communi, id est, post missionem à militia. Tunc enim pater non potest esse testis, ideoque addit Imp. in d. §. in testibus. post missionem. Sin autem in expeditione & in castris filius testetur, quia tunc iure militari, & citra omnem solennitatem

solennitatem testatur, patris testimonium admittitur. Ita intelligendus est §. per contrarium.

## ASSERTIO XXIV.

*Ex imperfecto testamento nihil debetur, nisi adiecta sit clausula codicillaris.*

**E**x scriptura imperfecta testamenti nihil omninò debetur, imò neque codicillorum quidem vim habet testamentum imperfectum. l. ex ea 29. ¶ Qui test. fa. pos. l. fideicommissa 11. §. 1. de leg. 3. Idem traditur in l. 1. ¶ de Iu. cod. l. si veritas 23. & l. ex testamento 29. C. eo. Fallit hæc conclusio, nisi adiecta sit clausula codicillaris testamento, hoc modo: Si non valet hæc dispositio tanquam testamentum, valeat instar codicillorum, vel cuiuscunque alterius vltimæ voluntatis. Hæc enim clausula operatur, ut relicta in testamento imperfecto, debeantur ab heredibus ab intestato. l. 3. ¶ de mil. test. l. coheredi. §. cum filia. ¶ de vulg. subst. l. vlt. C. de codic. d. l. ex ea. tex. elegans in l. Lucius 88. §. vlt. de leg. 2. Quando igitur clausula codicillaris adiecta est testamento, tunc non solum legata, sed & institutiones heredum conseruantur. Itaque heredes proximi ab intestato non solum legata præstabunt hoc casu, sed etiam iure fideicommissi hereditatem his restituere tenentur, qui sunt scripti in minus solenni testamento, deducta tamen quarta Trebellianica: arg. l. postumus. §. vlt. ¶ de iniur. rup. irr. l. si quis priore 29. ¶ ad S. C. Treb. Accur. & Castren. ad d. l. ex ea.

Obijcitur huic decisione l. iubemus. §. quod si non fuerit. C. de testa. vbi Iustinianus statuit, si testator quorundam heredum nomina nuncupauit, & quorundam reticuit, tunc ex testamento imperfecto hi soli succedent, qui nuncupati sunt: quæ l. pugnat cum l. si is qui 25. ¶ Qui test. fa. pos. Resp. Dissimilis est illa species à specie in l. 25. proposita. Nam in l. 25. testator cum per nuncupationem testamentum facere vellet, non omnes heredes nuncupauit. At in d. l. iubemus, cum testamentum faceret, in



ret in scriptis, omnes quidem quos voluit instituit heredes, sed non omnium heredum nomina propria manu subnotavit, vel viva voce nuncupavit, quod ibi Iustinianus primum introduxit. Itaque totum testamentum ibi non rumpitur, sed tantum qui nuncupati voce testatoris non sunt, vel manu eius subnotati, ab hereditate repelluntur. Cuiac. ad. d.l. si is qui.

Secundò obijcitur l. vlt. ff. de iu. cod. vbi videntur ex testamento imperfecto legata deberi. Resp. In illa l. testamentum nuncupativum fuit conditum, in quo nuncupatus est heres, sed & codicilli præterea scripti sunt, & in illis legata relicta. Separatim igitur testator fecit testamentum nuncupativum, & codicillos in scriptis: ex testamento defertur hereditas, ex codicillis legata debentur.

Tertiò opponitur l. Titia 13. ff. de inoff. test. vbi ex testamento inofficioso, cui adiecta erat clausula codicillaris, legata non debentur. Resp. Ex testamento rupto per querelam inofficiosi, nec legata nec fideicommissa debentur. Idque ideò fit, quia cuius testamentum tanquam inofficiosum condemnatur, pro demente habetur, nec intelligitur habuisse testamenti factionem, nec fideicommissa 36. de leg. 3. Atqui qui testamenti factionem non habet, nec codicillos, nec fideicommissum relinquere potest. l. 2. de leg. 1. Cuiac. ad d.l. ex ea. Bart. ad d.l. Titia.

ASSERTIO XXV.

*Nemo potest pro parte testatus, & pro parte intestatus decedere.*

**R**EGULA hæc expressè traditur in l. 7. ff. de R. I. & in §. non autem. Inst. de hered. inst. Hinc si quis in vna re, puta domo seu fundo heres institutus sit, omnium rerum heres futurus est, si plures sunt res hereditariae. l. 1. §. si ex fundo. l. ex facto 35. ff. de here. inst. ac si testator ex vna re certa heredem instituens, videatur in omnes instituisse, ne decedat pro parte testatus & pro parte intestatus. Idem dicendum, si ex vna parte assis heres quis instituatur: nam & ille totam hereditatem ob-

tem obtinebit iure accrescendi. l. interdum 13. §. 1. ff. de here. inst.

Obijcitur l. nam & si 15. §. vlt. & l. circa 24. ff. de inoff. test. vbi dicitur, si filius mota inofficiosi querela contra vnum scriptum heredem obtinuit, & ab altero victus est, quòd testamentum pro parte valeat, & pro parte non valeat, & quòd testator pro parte testatus, & pro parte intestatus decedat. Resp. Hoc ex post facto accidit, vt testamentum pro parte per querelam inofficiosi rescindatur. Atqui thesis ita accipienda est, quòd ab initio testator non possit legitimè testamentum condere, vt de aliqua parte bonorum testetur, de aliqua verò non.

Secundò obstat l. quoties 9. §. si duo. ff. de her. inst. vbi traditur, quòd valeat institutio heredis in rebus certis, quando testatoris voluntas manifestè suffragatur. Resp. Huic regulæ non est locus, quando testatoris voluntas manifestè est in contrarium, vt puta si testator scripsit Titium heredem in rebus certis, & adiecit se in reliquis bonis velle intestatum decedere, & prohibuit ne alia bona accrescant Titio heredi instituto. Tunc enim heredes ab intestato tenentur illas res, vel quotam hereditatis per fideicommissum heredi instituto restituere. Testator enim potest ius accrescendi prohibere. l. dominus 57. §. vlt. ff. de usufr. Ita tradit Bart. in d. §. si duo. per illum tex. Pulchrè Gomez. in var. resolut. cap. de Iu. accres. num. 10.

Denique aduersatur, quod statuitur in l. 2. C. de nat. lib. quòd si pater habens filios legitimos, filium naturalem instituit ex asse, vel maiori parte hereditatis, quòd tantum vnciam capiat ex bonis paternis, reliquum verò legitimis liberis, vel cæteris successoribus ab intestato debeatur. Resp. Hæc definitio non procedit, quando ex qualitate personæ hæredis non potest quis in solidum hæres institui: tunc enim defunctus potest pro parte testatus, & pro parte intestatus decedere. Verbi gratia, filius naturalis est capax successionis paternæ in vncia tantum, hic in ea parte institui potest, & in reliquis bonis decedit pater ab intestato. Gomez. d. loco. num. 10.

... R rone ... ASSERTIO



ASSERTIO XXVI.

Præter XIV. causas Nouella Justiniani expressas, nullam aliam ob similem, aut grauiorem ingratiudinis causam, liberi exheredari possunt.

HODIE certæ sunt causæ exheredationis ex iure Nouellarum: olim non erant certò definitæ, sed æstimabantur ex arbitrio Centumuirorum. Itaque falluntur, qui alias causas his similes, aut maiores excogitarunt, quibus licita sit exheredatio liberorum: quia Imp. expressè in §. adhæc aliud, No. 115. constituit, nullas alias ingratiudinis seu exheredationis causas, quàm quæ sua constitutione continentur, liberis opponi posse. Quòd si liceret hæc causas extendere, nihil opus fuisset enumeratione causarum, & frustra diceret Imp. altercationem sublatam, si alias causas ingratiudinis liceret excogitare. Imò addit Imp. grauiores causas à veteribus IC. prætermittas, quas tamen omnes ipse perfectè comprehendit. Vnde sequitur, nullam extensionem hîc admitti. Vigl. ad §. vlt. Inst. de exher. liber.

Doctores, qui ob similes aut grauiores causas liberos exheredari posse statuunt, ponunt exemplum in eo, qui læsæ maiestatis, aut perduellionis reus est, quasi grauius peccet, qui patriam aut Principem prodiderit vel læserit, quàm qui patrem offenderit, l. minimè. §. de relig. Sed respondetur, quòd licitum est parentibus liberos exheredare, non in vindictam criminis publici, sed vt iniuria priuata, quæ præcipuè parenti irrogatur, hac exheredatione coërceatur. Crimen autem læsæ maiestatis, adulterij, falsi, & similia, publica crimina sunt, quibus communiter omnes homines offenduntur. Ideo quæ legibus publicis, & à quolibet è populo vindicantur, non sunt priuata aut ciuilia, hoc est, talia delicta, quibus patria pietas præcipuè offenditur. Connan. lib. 9. Com. c. 10.

Secundò opponitur l. non possunt. §. de legib. vbi dicitur, quòd iudex in casibus similibus ijs qui in lege expressi sunt, idem

idem ius statuere debet. Resp. Hæc Nouella 115. introduxit pœnam ingratiudinis, & idè odiosa est. Ideoque nequaquam extendenda est ad alios casus in ea non expressos, præsertim cum Iustinianus extensionem prohibeat.

Tertiò opponitur c. i. §. porrò. Quæ sue. pri. cau. amit. benef. in V. sib. feud. vbi habetur, quòd ex certis causis ibi enumeratis vasallus potest feudo priuari. & subiungit textus, quòd si alias graues & inhonestas iniurias vasalli domino intulerint, quòd feudum amittant. Resp. No. 115. absolutè & præcisè loquitur, & excludit omnes alias causas præter illas XIV. Cuius verba sunt: Vt præter illas nulli liceat ex alia lege ingratiudinis causas apparere, nisi quæ in huius constitutionis serie continentur.

ASSERTIO XXVII.

Prius testamentum perfectum, per posterius imperfectum non rumpitur.

CONFIRMATVR hæc assertio in §. pen. Inst. Qu. mo. test. infir. Ratio est, quia eadem solennitate testamenta reuocantur, qua cõficiuntur, iuxta regulã l. nihil 36. §. de R. I.

Obijcitur l. i. §. si heres. §. Si tab. test. nul. exta. Vbi dicitur, si testator aliqua ratione mutauit voluntatem, hoc est, prius testamentum solenne, & voluit intestatus decedere, tunc testamentum prius censetur reuocatum. Resp. communiter DD. quòd tunc demum nuda & sola voluntate reuocetur testamentum, quando testator adiecit se idè mutasse prius testamentum, quo intestatus decederet. Vigl. ad d. §. penul. Sed rectius Wesem. mihi videtur sentire in d. §. penul. quòd tunc demum voluntate testatoris mutetur testamentum, si testator aliquo facto mutationem declarauit, puta si sigilla incidit, vel scripturam testamenti cancellauit & deleuit: quia maioris momenti sunt facta quàm verba. Quòd etiam d. §. si heres, satis apertè ostendit, & l. i. §. pen. §. de bo. pos. sec. tab.

Secundò opponitur l. 2. §. de iniur. rup. irr. & l. hac consil. fiffima. §. vlt. C. de testa. vbi prius testamentum rite factum



rumpitur per posterius imperfectum. Resp. Tum demum testamentum posterius imperfectum rumpit prius perfectum, si in posteriori testamento instituti sunt heredes, qui ab intestato venire possunt. Quod adeò verum est, licet posterius testamentum ideò imperfectum sit, quia filius in eo præteritus est. Probat hoc aperte l. si duobus. §. si prius. 7. de bo. pos. con. tab. vbi dicitur, quòd prius testamentum perfectum rumpitur per posterius imperfectum, in quo filius præteritus est, si in eo scripti sunt heredes venientes ab intestato. Statuitur ergo in d. §. si prius, quòd si in secundo testamento illi instituti sunt, qui, si filius non extaret, venirent ab intestato, hoc testamentum esse validum, & rumpere primum. Ideoq̄ue filio præterito opus est bonorum possessione contra tabulas ad rescindendum secundum testamentum, nam illa tantum datur contra testamentum validum. Si verò heredes extranei scripti sunt in secundo testamento imperfecto, hoc testamentum non rumpit primum, nec valet. Ideoq̄ue filius non habet bonorum possessionem contra tabulas, quia prius testamentum, in quo institutus vel exheredatus fuit, remansit validum. Nec prædictis aduersatur l. si filius 7. 7. de lib. & post. vbi dicitur, quòd testamentum posterius, in quo filius est præteritus, non rumpat prius, in quo filius est institutus, vel exheredatus: quia ista l. est accipienda, quando in posteriori testamento non sunt instituti heredes venientes ab intestato, sed extranei: tunc enim prius testamentum valet, & firmum manet. Vigl. ad d. §. penul. Cuiac. ad d. l. si filius.

## ASSERTIO XXVIII.

*Testamentum, quo postumus præteritus viuo testatore decedit, valet.*

**T**ESTAMENTVM in quo postumus est præteritus, est ipso iure nullum. Si tamen postumus præteritus viuo patre decedat, datur heredi scripto bonorum possessio secundum tabulas ex eo testamento, legataq̄ue & fideicommissa conualescunt. Summo ergo iure hoc testamentum rumpitur, sed ex æqui-

ex æquitate conualescit iure Prætorio. l. postumus 12. 7. de iniur. rup. irr. Et hic est vnus casus notandus, in quo adhuc hodie necessaria est bonorum possessio secundum tabulas, quando scilicet postumus præteritus viuo patre decessit. Hoc casu iure ciuili adiri non potest hereditas, quia testamentum postumi agnatione est ruptum. Danda ergo est necessario heredi instituto bonorum possessio secundum tabulas, vt hereditatem ex testamento adire possit. Castren. in d. l. postumus.

Obijcitur l. 2. C. de post. her. inst. vbi dicitur, postumo præterito, quamuis natus ilico decessit, testamentum ruptum non restitui. Resp. sub distinctione. Aut postumus præteritus natus viuo testatore decessit, & tunc testamentum ex æquitate conualescit. Ratio est, quia tunc præsumitur testatorem in eadem voluntate voluisse decedere, ex quo testamentum non mutauit. Aut postumus post mortem testatoris subito decessit, & tunc testamentum non restituitur postumi morte. Ratio est, quia eo tempore, quo maxime valere debebat testamentum, scilicet tempore mortis testatoris, superstes fuit postumus. Ideoq̄ue eius præteritione omnino ruptum censetur. Cuiac. ad l. 7. 7. de libe. & post. Vigl. ad §. 1. Inst. de exhe. lib.

## ASSERTIO XXIX.

*Ex causa exheredationis vel præteritionis rescissa institutione, cætera testamenti firma manent.*

**I**VRE veteri, testamentum in quo filiusfam. præteritus est, in totum corruit, ita vt nec legata ex eo debeantur. l. filio 17. 7. de iniur. rup. irr. Verum quæritur ab interpretibus, ane hoc correctum sit per No. 115. §. siue igitur, & §. siue autem hæc omnia. in quibus traditur, testamentum in quo filius præteritus, vel iniuste exheredatus est, quoad solam institutionem heredis infirmari, cætera verò salua manere. Et post Azonem Alciatus & Cuiacius existimant, totum testamentum in quo filius præteritus est à patre, etiam iure Nouellarum corruere.



Sed contraria sententia verior & probabilior est, quod scilicet filio præterito, vel sine iusta ingratitude causa adscripta, exheredato, institutio quidem corruat, sed legata & reliqua in testamento disposita firma maneant. Id probat aperte §. aliud. d. No. 115. vbi Imp. loquitur coniunctim tam de exheredatione quam præteritione, & generaliter statuit, quod non liceat parentibus præterire vel exheredare liberos, sine iusta ingratitude causa adiecta. Neque admitti potest opinio Cuiacij, qui hoc totum putat ad præteritionem à matre factam accipiendum, cum tex. in d. §. aliud, simpliciter & generaliter loquatur de præteritione parentum. Confirmatur hæc sententia hoc inuictò argumento, quod in No. 115. statuitur non licere parentibus filios exheredare, nisi vna ex xiv. causis ingratitude à Iustiano enumeratis fuerit adiecta. Atqui exheredatio non ritè facta est quædam præteritio. §. eadem. Inst. de hered. ab intest. Ergo idem in præteritione, quod in exheredatione non ritè facta locum habet. Sicut ergo testamentum patris, in quo filius non adscripta iusta causa ingratitude exheredatus est, tantum quoad institutionem corruit, legata autem præstanda sunt. d. §. siue igitur, eodem modo filio præterito in testamento paterno, legata conseruanda sunt, quia exheredatio non ritè facta nihil aliud est, quam præteritio. Adde quod dicat Imp. in §. hæc autem ita. No. 115. se prædicta statuiffe, vt à liberis exheredationis & præteritionis contumeliam auferret. Atqui maiorem iniuriam pater filio infligit, cum falsis criminibus eum exheredat, quam si silentio eum prætereat, verbisque contumeliosis non lædat. Ita eleganter tradunt Donel. ad Auth. ex causa. num. 7. & 8. C. de lib. præter. Quam sententiam Accur. Bart. & Castren. in d. l. filio, quoque amplectuntur.

## ASSERTIO

## ASSERTIO XXX.

*Qui purè institutus, sub conditione iterum instituitur, purè institutus censetur: & qui sub diuersis conditionibus bis institutus est, vtra prior extiterit, heres erit.*

**D**VA assertiones hac enunciatione continentur. Prima, est: Heres qui primùm purè, & deinde sub conditione iterum instituitur, purè institutus censetur. tex. est in l. si te solum 27. ff. de here. inst. Ratio est, quia semel data hereditas tacitè nunquam adimi censetur. arg. l. ex parte. ff. de adi. lega. Ideoque prior institutio pura per sequentem conditionalem institutionem, deficiente conditione non censetur reuocata. Cuiac. ad d. l. si te solum.

Obijciunt l. non ad ea 89. ff. de cond. & dem. vbi dicitur, si cui quid prius purè, deinde sub conditione legetur, quod posterius legatum valeat. Ergo & posterior institutio debet valere. Resp. Aliud obtinet in legatis, quam in institutionibus heredum. In legatis vltima voluntas seu dispositio præualet, in institutionibus plenior institutio heredis potior habetur. Bart. ad d. l. 27.

Secunda assertio. Qui bis sub diuersis conditionibus institutus est, vtra prior extiterit, heres erit. tex. est in d. l. si te solum. & l. si plures. ff. de cond. inst. In legatis verò nouissima conditio expectatur. l. 51. 87. & 89. ff. de cond. & dem.

## ASSERTIO XXXI.

*Heres ad certum tempus, vel ex certo tempore institui non potest.*

**R**EGLA iuris est, quod ad certum tempus, vel ex certo tempore hereditas dari non potest, sed vitio temporis sublato pura manet institutio. l. hereditas 34. ff. de here. inst. Ratio prioris est, quia qui semel heres factus est, non potest de-



test definere esse heres. l. ei qui 89. ff de here. inst. Ratio posterioris est, quia nemo potest pro parte testatus, & pro parte intestatus decedere. Quod fieret, si quis aliquo tempore heredem haberet, alio non haberet, pars enim etiam in tempore dicitur. Quando igitur dies adiectus est institutioni heredis, tempus adiectum pro superuacuo est, & ex tempore vel ad tempus institutus, perinde habetur, ac si pure institutus esset. §. heres. Inst. de here. inst.

Obijcitur l. in tempus 62. ff de her. inst. vbi dicitur, recte heredem institui in tempus, cum quis capere poterit. Item l. si mater 33. ff de vulg. subst. vbi mater recte filium heredem instituit, cum erit annorum xiv. Resp. Prædicta regula tantum procedit in die expressim institutioni adiecta, nam ex die hereditas expresse non recte datur, veluti post quinquenniū quam moriar, tacite tamen recte datur. l. quoties 9. §. penul. ff de here. inst. d. l. si mater. Veluti cum capere poteris, cum adoleueris. d. l. in tempus. Et ita sæpè fit, vt quæ expressa non valent, tacita tamen valeant. Cuiac. ad d. l. hereditas.

Secundò obstat l. potest 56. ff de hered. inst. Vbi respondetur, quòd valeat illa institutio: Ille, si intra annum septuagesimum decessero, heres mihi esto. Resp. Ibi non ad tempus, id est, intra annum septuagesimum instituitur heres, sed sub conditione, vt si ante annum septuagesimum moriatur, decedat testatus, si postea moriatur, intestatus decedat.

ASSERTIO XXXII.

*Si testator instituit heredes hoc modo, Ex partibus quas adscripsero; nullis partibus adscriptis, equaliter heredes erunt. Si verò dixit, Ex partibus quas adscripsi, nullis definitis partibus, nulla est institutio.*

**H**EREDES ita instituti, ex partibus quas adscripsero, vel si partes eis adscripsero, si nullæ partes exprimantur, ex æquis partibus instituti censentur. Sed si ita sunt heredes instituti, ex qua parte Titius me heredem scripsit, vel ego cum

eum heredem scripsi, ex tali parte eum instituo, deficiente ista conditione in præteritum collata, deficit quoque institutio. tex. est in l. 2. & l. si quis ita 36. ff de here. inst. Ratio decidendi est, quia quando conditio ad præsens vel præteritum tempus refertur, quæ est falsa, statim vitiat institutionem. At vbi in futurum tempus confertur conditio, valet institutio, etiam deficiente conditione, si ea conditio dependet ex facto testatoris. Notat Gl. in d. l. 2. in verbis, non putat, per l. cum in secundo, 16. ff de iniur. rup. irr. fac. l. si testamentum. C. de instit & subst.

Obijcitur primò l. Clemens 81. §. 1. ff de hered. inst. vbi dicitur, si testator ita scripserit, Quia ex parte me à Titio heredem institutum recitasset, ex ea parte Sempronius mihi heres esto, nullo recitato testamento, inanem videri institutionem. Vbi etiam testator videtur heredem instituisse sub conditione collata in futurum, ex qua scilicet parte Titius ipsum testatorem instituet, & tamen inanis & frustranea est institutio. Resp. Idè in ista lege inutilis est institutio, quia dependebat ex facto tertij, & proinde meram conditionem continebat, qua deficiente deficit quoque heredis institutio. At verò quando testator instituit aliquem ex partibus, quas ipse adscribet, valet institutio etiam nullis partibus adscriptis. d. l. 2. & d. l. 36. Ratio est, quia hæc partium descriptio pendet ex facto & voluntate testatoris. Vnde nullis partibus adscriptis, videtur testator mutasse voluntatem, & sine parte voluisse eum esse heredem. Accur. & Cuiac. ad d. l. 81.

Secundò obijcitur l. qui plures 18. ff de usufr. lega. Vbi qui legata reliquit ijs libertis, quos codicillis in posterum designasset, si nullos postea designauerit, legatum pro nihilo habetur. Resp. Ibi non est inutile legatum, idè quia testator non perfecit quod promisit, sed quia sunt incertæ personæ legatariorum, quibus legata reliquit. Cuiac. & Castren. ad d. l. 2.



## ASSERTIO XXXIII.

*Substitutio pupillaris facta puero verbis directis, non valet, ne quidem in vim fideicommissi.*

**R**ATIO assertionis est, quia ius non patitur, ut pater filio faciat heredem in ea ætate, qua sibi ipsi facere potest. Valebit tamen hæc substitutio intra pubertatem, post pubertatem vitiabitur. l. in pupillari. §. de vulg. Quærent autem interpretes, An substitutio pupillaris facta ultra pubertatem proficiat in vim fideicommissi? Et verius est, ne quidem in vim fideicommissi valere. Quod disertè probatur per l. 7. §. de vulg. & pup. subst. vbi dicitur, frustra fieri post pubertatem verbis directis pupillarem substitutionem. Neque enim frustra fieret, si quasi fideicommissum valeret.

Obijcitur l. Centurio §. de vulg. & l. precibus. C. de imp. subst. vbi substitutio puero facta directis verbis à milite, in casum quo heres erit, & intra certum tempus morietur, valet iure fideicommissi. Resp. Militi hoc singulare priuilegium concessum est, ut substitutio pupillaris ab eo facta verbis directis, valeat ultra pubertatem in vim fideicommissi. Cum enim miles habeat hoc priuilegium, ut possit etiam ex tempore & ad tempus facere heredem; l. miles ita 41. §. de mil. test. potest etiam post pubertatem substituendo, bona sua in substitutum heredem transferre. Quod quia ex priuilegio competit militibus, sequitur, paganos, qui nullum habent tale priuilegium, ultra pubertatem frustra substituere.

Secundò obijcitur l. Scæuola 76. §. Ad SC. Trebel. vbi substitutio directò in codicillis facta vim fideicommissi obtinet. Resp. Idè ibi substitutio directà pro fideicommissaria accipitur, quia incongruo loco, scilicet in codicillis facta est, qui locus est obliquarum, non directarum institutionum. Præterea aliud est in substitutione directà quæ fit ei, cui fieri non potest, hæc enim pro fideicommissaria non accipitur. Tum demum enim substitutio directà in codicillis facta, in vim fideicommissi valet,

valet, si in testamento valere potest, ut si fuit pupillaris, ut Scæuola loquitur in d. l. 76. At si compendiosa fuit, quæ directis verbis pubertatem egreditur, hæc non potest flecti in fideicommissum in codicillis, quia nec in testamento valere potuit. Pulchrè Vigli. ad §. penul. Inst. de pup. subst. Hæc itaque sententia, quòd substitutio verbis directis facta puero, non valeat in vim fideicommissi, ex veritate legum rectius defendi potest. Quæ apertè quoque comprobatur per §. vlt. Inst. de pup. subst. & l. si frater. C. de fideico. vbi dicitur, substitutionem directam filio puero fieri non posse, sed hoc solum esse receptum, ut testator filium heredem puberem roget, ut si intra certum tempus moriatur, hereditatem alteri restituat per fideicommissum. Hanc sententiam defendunt Gouea. ad d. l. verbis. & Cuiac. lib. Obs. xi. c. 25. & lib. 12. c. 27. Vigli. & Wesem. ad §. vlt. Inst. de pup. subst. Connan. lib. vlt. com. c. vlt. num. 9.

## ASSERTIO XXXIV.

*Tam per expressam pupillarem substitutionem, quàm per tacitam pupillarem in vulgari contentam, mater excluditur à successione filij impuberis.*

**V**ULGARIS substitutio facta filio impuberi, continet in se tacitam pupillarem, & vice versa expressa pupillaris continet tacitam vulgarem. l. 4. §. de vulg. Ratio est, ut in omnem euentum filij impuberes heredem testamento habeant. Idque & in reciproca substitutione obtinet, ut si pater duos filios impuberes sibi inuicem substituit, hos tam vulgariter quàm pupillariter videretur sibi mutuò substituisse. d. l. 4. Huius decisionis, quòd vulgaris substitutio facta filio impuberi, includat pupillarem, & è contra, magnus est effectus. Nam sicut expressa pupillaris substitutio excludit matrem à successione filij impuberis, adèd ut nec de inofficioso filij testamento queri possit. l. Papinianus §. sed nec. §. de inoff. ita & ex tacita pupillari, quæ in expressa vulgari substitutione continetur, mater excludi-



Quoties enim pater filio impuberi in alterum casum substituit, in vtrunque substituisse censetur.

Obijcitur l. ult. C. de inst. & subst. Vbi cum mater cum filio postumo erat instituta, aliusque postumo vulgariter substitutus, licet in substitutione vulgari contineatur tacita pupillaris, tamen mater non excluditur per tacitam pupillarem. Resp. Ideo pupillaris substitutio, quae alioqui in vulgari continetur, ibi locum non habet matre superstite, quia mater filio instituto data est cohaeres. Quem enim sibi facit haeredem testator in testamento, videtur in legitima successione ab intestato praeferre ei, quem vulgariter tantum substituit.

Secundo obijcitur l. precibus. C. de imp. subst. vbi cum pater filio impuberi vulgariter substituerat, & filius adita hereditate ante pubertatem decederet, non admittitur substitutus ex tacita pupillari, sed mater. Resp. Hoc specialiter receptum est in testamento militis, a quo facta substitutio valet tantum in casum expressum, neque in eius testamento vulgari substitutioni expressae tacita pupillaris inest. Ratio est, quia vt vna substitutionis species sub altera comprehendatur, hoc magis accidit ex interpretatione iuris, quam ex voluntate defuncti. Militum autem testamenta ex voluntate eorum metimur, & quod non cogitarunt, id non supplere debemus. Vigil. ad tit. de pup. subst. in princ. num. 17. vbi hanc opinionem contra communem veriorum statuit, quod per tacitam pupillarem comprehensam in vulgari excludatur mater. Gouea. ad princ. tit. de vulg. & pup. subst. num. 30. Connan. lib. 10. com. c. ult. num. 13.

Tertio non obit. l. Lucius 45. de vulg. & pup. subst. quia ibi ideo vulgaris substitutio in casum pupillarem non valet, ad hoc vt excludatur mater, quia fit imparibus personis. Quoties enim pater reciprocè duobus filiis disparis aetatis substituit, vt si vnus sit pubes, alter impubes, tunc ea substitutio vulgarem tantum continet, quae in vtriusque persona locum habere potest, non pupillarem. d. l. 4. §. sed si alter. Ideoque mater excludit substitutum, si pupillus patri heres extitit, & impubes mortuus sit.

ASSERTIO

ASSERTIO XXXV.

Mater filijs pupillariter substituere non potest.

PATER tantum liberis pupillariter substituere potest, non vero mater. l. 2. in princ. de vulg. & pup. Inst. de pup. subst. in princ. vbi dicitur, quod liberis, quos in potestate quis habet, pupillariter substituere potest. Itaque cum mater filium non habeat in potestate, filio pupillariter substituere non potest. Ille enim est praecipuus patriae potestatis effectus, vt pater filio testamentum faciat in ea aetate, qua sibi ipsi testamentum facere nequit.

Sed grauer aduersatur l. si mater 33. de vulg. subst. vbi dicitur, quod si mater filium instituat, cum erit annorum XIV. eique alium substituat in pupillaribus tabulis, quod valeat substitutio. Resp. Quod ibi dicitur, matrem in pupillaribus tabulis filio substituisse, hoc sic accipiendum est, quod pupillares tabulae ibi eae dicantur, in quibus mater separatim filio impuberi substituit vulgari modo. Quod ex eo apparet, quia textus dicit, Si sibi filius impubes heres non erit, quae verba vulgarem substitutionem referunt. Mater igitur filio impuberi pupillariter substituere non potest, sed vulgariter recte & vtiliter substituere potest.

ASSERTIO XXXVI.

Nemo eiusdem hereditatis partem adire, partem repudiare potest.

QUI solus heres institutus est, vel simpliciter, vel ex pluribus partibus separatim, hereditatem partim adire, partim repudiare non potest. l. 1. & 2. de acq. her. & qui ita adiit, in totum heres non erit, nec etiam hereditate excludetur, quia in totum nihil egit. l. ex semisse 75. de acq. here. Ratio est, quia nulla est aditio aut repudiatio hereditatis, si quis adeat aut repudiet hereditatem, secus quam leges iubent. At leges



leges iubent, hereditatem quatenus delata est, aut in totum adiri, aut in totum repudiari, ne testator pro parte testatus, pro parte intestatus decedat. l. quidam elogio. C. de iu. delib. d. l. ex semisse. vbi traditur, cum qui minorem partem hereditatis, quam ex qua institutus est, per errorem adiit, non videri adijisse, ac in totum nihil egisse censer.

Obijcitur l. si ex asse 10. ff. de acq. her. vbi dicitur, quod si heres ex asse scriptus pro parte adeat hereditatem, ex asse heredem fore. Resp. Ibi heres simpliciter adiit partem hereditatis, non expresso eo, quod ceteras partes repudiaret. Qui ita simpliciter hereditatem adit, & partem voluisse adire censetur, & per consequentiam ceteras partes. Itaque ex asse & in solidum heres erit. l. si solus 80. ff. de acq. her. Diuersum est in eo, qui dicit se partem hereditatis adire, & partem repudiare, nam hic contra formam iuris adiit, ideoque nihil agit.

Ex d. l. 1. & 2. infertur insignis illa decisio, quod filius qui a patre institutus est ex maiori parte, quam sit legitima, non potest retenta legitima, repudiare hereditatem paternam. Ratio est, quia hereditas in totum adiri vel repudiari debet. Cum autem iure nouissimo Authenticorum legitima relinqui debeat filijs titulo institutionis, §. adhuc aliud. No. 115. sequitur, si repudiet institutionem, quod etiam repudiant legitimam, quia hereditas scindi non potest. Castren. ad d. l. 1. Et hæc est communis DD. sententia, quod filius non potest retenta legitima portione repudiare hereditatem paternam, excepto vnico casu, quando videlicet filius habet substitutum heredem, & est grauatus multis legatis, tunc enim potest retinere legitimam iure nature sibi debitam, ommissa reliqua hereditate paterna. per l. si libertus patrono 41. ff. de bo. liber. Ita decidit Bart. in l. gerit. num. 22. & 23. ff. de acq. her.

## ASSERTIO

## ASSERTIO XXXVII.

*Hereditas non potest acquiri per procuratorem.*

**A**n per procuratorem acquiri possit hereditas, inter IC<sup>tos</sup> disputatur. Duare. lib. 2. Ann. disput. c. 27. notat posse: quia iure prohibitum non sit, & in l. per procuratorem 90. ff. de acq. here. curatorem legit. Cui adstipulatur Costal. ad l. 1. ff. de off. proc. Cæs.

Contrarium Hotom. in illust. quæst. & Cuiac. lib. 1. Obs. c. 34. statuunt: quorum sententia verior est. Probatum hæc assertio tali regula, quod nominatim legibus cautum est, per procuratorem nihil nobis acquiri posse, excepta sola possessione, & per hanc dominio. l. 1. C. Per qu. pers. no. acqu. §. ex his. Inst. eo. Secundò hæc sententia hoc euidenti argumento confirmatur, quod singulari priuilegio concessum sit Imperatori, quod per procuratoris sui aditionem possit acquirere hereditatem. Si ergo ex speciali prerogatiua datum est hoc ius procuratori, siue rationali Cæsaris, sequitur quod in procuratore priuati diuersum ius obtineat, nimirum quod procuratores priuatorum, adeundo hereditatem ex mandato domini nihil agant. l. 1. §. vlt. ff. de offic. procur. Cæs. vbi dicitur, quod proprium hoc habet procurator Cæsaris, quod nomine Cæsaris hæreditatem acquirere possit. Tertiò addi potest & hæc ratio, quod aditio hereditatis consistat in sola voluntate heredis. Ideoque statim atque mandat heres procuratori vt adeat, eo ipso adijisse censetur. arg. l. si ego 26. ff. de acq. her. vbi pater pro parte heres institutus, iubendo filium simul institutum pro parte sua adire, statim fit heres ex asse, & quidem antequam filius adierit. Sic etiam si dominus mandet procuratori, vt adeat, statim ipso mandato fiet heres, priusquam procurator adeat.

Obijcitur, quod bonorum possessio per procuratorem ad hoc specialiter a domino constitutum acquiratur, ergo & hæreditas. l. si maritus. C. Manda. l. 3. §. acquirere. ff. de bon. poss. Resp. Diuersum ius obtinet in bonorum possessione, quam in



hereditate hoc in casu. Cuius ea est ratio, quod illa magis ad corporalem acquisitionem possessionis accedat, quam hereditas, quia Prætor heredem non facit. §. quos autem. Inst. de bon. pos. Ea verò quæ naturaliter acquiruntur, sicuti est possessio, per procuratorem nobis acquiruntur. At è contra, quæ civiliter acquiruntur, vti est hereditas, stipulatio, per procuratorem nobis non rectè acquiruntur. l. ea quæ 53. §. de acq. rer. dom. Pulchrè Contiùs lib. 2. succisù. lect. c. 17.

ASSERTIO

*Heres sub conditione institutus, pendente conditione non potest adire vel repudiare hereditatem.*

**H**EREDITAS adiri vel repudiari non potest, nisi sit delata. l. delata 151. de V. S. l. 1. §. decretalis. §. de success. edi. Defertur autem hereditas ex testamento statim à morte testatoris, si heres purè sit institutus; Sin autem sub conditione scriptus sit, non prius defertur, quàm conditio extiterit. Ergo ante euentum conditionis non potest hereditas adiri vel repudiari, quia pendente conditione nihil potest heres de hereditate statuere. l. is qui heres 13. §. de acq. here. Sic legatum conditionale pendente conditione agnoscere non potest, nec per consequens repudiari, l. si ita 45. §. 1. de leg. 2.

Sed obstat l. 1. §. de cur. h. dan. & l. in plurium 70. §. de acq. here. quæ manifestè exprimere videntur ante diem conditionis existentem posse hereditatem repudiari. Itaque hac obiectione Accurs. territus, & omnes eum secuti, fatentur ante conditionem existentem posse repudiari hereditatem in iure & coràm iudice, non extra ius. Verùm respondendum est, leges obiectas non hoc dicere, repudiari posse hereditatem ante existentem conditionem, sed hoc tantum statuere, quod ea testatio heredis, qua pendente conditione dicit se nolle hereditatem adire, prodest creditoribus ad hoc, vt statim ipsis, vel curatori bonorum possessio & administratio bonorum committatur: ne bona dispereant, cum aliàs nisi heres hoc contestaretur, dies

dies à Prætorè constitui solet heredi, intra quem nisi adeat, creditoribus permittitur possessio bonorum. d. l. 1. l. si quis 23. §. de here. inst. Itaque non rectè inde colligitur, repudiatam esse hereditatem, quod dixerit heres se non aditurum: sed hoc agit ea testatio heredis tantum, vt bona hereditaria tantisper creditoribus, vel curatori bonorum committantur, ne pereant vel corrumpantur. Nam idem fieri iubetur, & cum venter in possessione est, & pupillus heres scriptus tutorem non habet. d. l. 1. §. de cura. bono. Quo tamen casu dici non potest, vel ventrem repudiasse hereditatem, vel pupillum.

Secundò obijcitur l. 1. C. de pact. vbi fideicommissum conditionale pendente conditione rectè dicitur conuentione remitti, ergo & repudiari potest. Resp. Plus est pacisci se non accepturum legatum seu fideicommissum, quàm illud repudiare. quia pactum duorum consensu firmatur, at renunciatio seu repudiatio hereditatis vel legati, vnius tantum consensum habet. Gl. & DD. in d. l. 1.

Tertiò obijcitur l. si sub conditione, & l. seq. cum l. 2. §. si sub conditione. §. de bo. pos. sec. tab. vbi dicitur, pendente conditione, posse heredem scriptum petere bonorum possessionem secundum tabulas. Resp. Illa bonorum possessio est sine re, id est, caret commodo bonorum, & est imaginaria tantum. l. filijs. C. de inoff. testa. At bonorum possessio cum re non potest peti ante existentem conditionem. d. l. 2. §. si quis ita. Bonorum autem possessio sine re idèò datur heredi scripto sub conditione, ante existentem conditionem, ne alius fortè qui potest iure eiuùdi euincere hereditatem ab intestato, eam inuadat, præferunt si hæres scriptus sinat tempora petendæ bonorum possessionis præterlabi. De hac bonorum possessione cum re & sine re tractat Vlpia. in fragm. tit. 24. 26. & 28. Concluditur ergo, quod repudiari hereditas pendente conditione non possit, & talis repudiatio non impedit, quò minus postea purificata conditione acquiri possit hereditas ab eo qui repudiauit. d. l. is qui heres. l. homine. §. de opt. leg. Decius ad l. qui potest 143. de R. I.



## ASSERTIO XXXIX.

*Heres qui ignorat conditionem, sub qua institutus est, extitisse, non potest adire hereditatem.*

**V**r rectè heres adeat hereditatem, scire debet hereditatem sibi delatam esse. Itaque si ignoret, vtrum purè an sub conditione institutus sit, hereditatem adire non potest. l. is qui heres 13. §. de acq. her. Præterea qui ignorat conditionem institutioni insertam extitisse, aut impletam esse, adire non potest. l. heres 32. §. de acq. her. Itaque si fato quodam & fortè fortuna heres paruerit conditioni, sub qua institutus est, non potest adire hereditatem: debet enim certa scientia & deliberatione implere conditionem, hoc animo, quod velit conditioni parendo heres effici. l. 2. & l. multum 21. §. de cond. & dem.

Sed obijcitur l. si quis extraneus 21. §. si. §. de acq. here. vbi dicitur, heredem ignorantem conditionem extitisse, posse adire hereditatem. Resp. Hoc non generaliter & indistinctè accipiendum est, sed eo tantum casu, quando quis est ex parte purè, & ex parte sub conditione institutus. Nam illi adveniunt partem, ex qua purè scriptus est, altera pars inuito accrescit, ergo multò magis ignorantibus. Itaque poterit hic adire hereditatem, licet ignoret alterius partis conditionem extitisse. Ita dictus §. finalis l. si quis extraneus, qui ambiguum continet sententiam, explicandus est, ex l. si quis heres 35. in princ. §. de acq. her. vbi ille intellectus disertè comprobatur. Accur. & Donel. ad d. l. si quis. 21.

Secundò aduersatur l. sed & si de sua 34. §. 1. §. de acq. hæ. vbi deciditur, quòd heres qui purè scriptus, sub conditione se institutum putat, & paruit conditioni, hereditatem acquirere potest. Resp. Ideò ille error non obest heredi in acquirenda hereditate, quia error siue opinio heredis cum veritate concurrat. Nam reuera potuit adire, eò quòd purè erat scriptus, & potuit opinione sua, quia impleta conditione perinde habetur, ac si pura esset institutio l. si pupillus. §. de cond. instit.

ASSERTIO

## ASSERTIO XL.

*Qui metu coactus adit hereditatem, non fit heres.*

**Q**ui metu verberum, vel alio iusto timore coactus, hereditatem adiit, nihil agit. Ratio est, quia in aditione hereditatis requiritur libera & spontanea voluntas: ergo coactio hoc casu nihil operatur. tex. est in l. 6. §. Celsus. §. de acqu. hered.

Obijcitur l. si mulier 21. §. pen. §. Quod me, cau. & l. si metus 86. §. de acqu. here. vbi dicitur, quòd qui metu coactus adiit hereditatem, ipso iure fiat heres, sed beneficio restitutionis in integrum ei succurratur. Resp. Quando quis simpliciter metu coactus adit hereditatem, ipso iure subsistit aditio, quia coacta voluntas etiam voluntas est, sed restitutio in integrum datur ex edicto, quòd metus causa. d. l. si mulier. Aliud dicendum est in eo, qui metu coactus fallens adiit hereditatem, id est, aliud agens, aliud simulans: hic ipso iure ciuili non fit heres. Vnde beneficio quoque Prætoris, id est, restitutione in integrum non eget. Fallens ergo dicitur adire, qui seorsim coram amicis protestatus est, voluntatem suam omninò contrariam esse aditioni, licet simulauerit metu se velle adire. Protestatio enim declarat animi protestantis, in ijs quæ pendent à mera alicuius voluntate. l. Nefennius 34. §. de neg. gest. Bart. in d. §. Celsus. num. 1. & 2. Hic itaque, qui fallens siue per simulationem coactus adiit hereditatem, ipso iure heres non erit, quia abest ei animus acquirenda hereditatis, atque ideò in integrum restitutio ei non est necessaria. Pet. Fab. ad l. 4. de R. I.

Secundò aduersatur l. si patre 22. §. de rit. nupt. vbi dicitur, quòd si filius cogente patre ducit uxorem, quam non duxisset, si fuisset sui arbitrij, quòd hoc matrimonium consistat. Itaque etiam ea quæ à libera & integra voluntate proficisci debent, vti est hereditatis aditio, matrimonij contrahendi facultas, valent, si per coactionem & metum gerantur. Resp. sub distinctione. Aut filius propter reuerentiam paternam consensit nuptijs puellæ

Tt 3



puellæ à patre suo nomine contractis, quam aliàs si sui iuris fuisset, non esset ducturus, hoc enim matrimonium propter reuerentialem metum non rescinditur. Ita intelligenda est d.l. si patre 22. Aut interuenit iustus metus facti, vt si pater filium minis aut verberibus coëgit ad ducendam vxorem, & tunc non valet huiusmodi matrimonium, sed tanquam metu contractum rescindendum est. d.l. si mulier. §. si dos. c. cum locum. ex. de sponsal. Sneiderw. ad tit. de nupt. par. 2. num. 28. Duare. ad tit. de nupt. c. 2.

## ASSERTIO XII.

*Iussus patris in aduenda hereditate præcedere debet, sed auctoritas tutoris interponitur perfecto negotio.*

**I**n hoc differt interpositio auctoritatis tutoris in negotijs pupilli, à iussu patris in aduenda hereditate, quòd tutoris auctoritas interponitur perfecto negotio, iussus autem patris in aduenda hereditate præcedere debet. Item iussus patris potest fieri per epistolam vel nuntium, auctoritas non item. l. si quis mihi 25. §. iussum. ñ de acqu. hered.

Sed videtur obstare l. obligari 9. §. pen. ñ de auct. tut. & §. pen. Inst. eo. vbi dicitur, auctoritatem tutoris statim in ipso negotio, non autem post tempus interponi debere. Sed si interponitur perfecto negotio, vt traditur in d. §. iussum, post tempus interponitur, & post ipsum perfectum negotium. Resp. Quòd dicitur auctoritatem tutoris interponi perfecto negotio, id intelligitur incontinenti post perfectum negotium. Post tempus verò, id est, post aliquod interuallum, & postquam discessum fuit ad alia negotia, non rectè interponitur tutoris auctoritas. Hanc interpretationem comprobat l. nunquam 31. ñ de vsuca. vbi dicitur, tutorem non rectè interponere auctoritatem in contractibus pupilli post longum tempus venditionis peractum. Approbat. Barr. in d. §. iussum. num. 3.

Secundò opponitur. si per epistolam 50. ñ de acqu. here.

vbi

vbi dicitur, quòd tutor seruo pupilli per epistolam iubere potest, vt adeat hereditatem, quæ tamen aditio tum demum rata erit, si prius seruus adeat, quam tutor moriatur. Quòd pugnat cum d.l. obligari. §. pen. vbi dicitur, quòd tutor per epistolam auctoritatem interponere non potest, sed præsens negotio adesse debet. Resp. cum Accurs. in d. l. 50. quòd hoc procedat, quando tutor auctoritatem præbet pupillo in contractibus, tunc enim necessariò debet interponi auctoritas à tutore præsentem in ipso negotio seu contractu, vt præsens sciat quid agatur. Aliud obtinet in quasi contractibus, vt in aditione hereditatis, vbi tutor per epistolam iubere potest seruo pupilli, vt hereditatem adeat. Nam ante aditionem tutor certus esse potest de viribus & conditione hereditatis.

Tertiò aduersatur, quòd consensus qui ad confirmationem actus requiritur, ex interuallo per ratihabitionem interponi potest. l. vlt. C. Ad SC. Maced. Ergo & tutoris auctoritas ex interuallo in contractu pupilli adhiberi potest. Resp. Auctoritas tutoris pro solennitate actus adhibetur, & ad integrandam pupilli personam requiritur, l. quæcunque. §. vlt. ñ de Publ. a&. l. 3. C. de in int. rest. Igitur auctoritas tutoris tanquam pars solennitatis ab ipso actu diuidi non potest, quia solennia ab ipso actu separari non possunt. l. cum antiquitas. C. de testa. l. heredes palam. §. fin. ñ eod. Consensus autem non ad integrandam personam contrahentis, sed ad confirmationem actus requiritur, ideoque etiam ex interuallo rem gestam sequi potest. l. semper 60. de R. I. Sicut & auctoritas ipsa, quando ad commodum eius qui confirmat, tantum requiritur, ex interuallo interponi potest. l. 1. §. sed si filius. de leg. 3.

## ASSERTIO



## ASSERTIO XLII.

*Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.*

**T**RADITVR hæc generalis regula in l. quamdiu 39. *¶* de adqu. here. & l. quamdiu 89. de R. I. quòd scilicet quamdiu adiri ex testamento potest hereditas, successioni ab intestato non est locus. Ratio est, quia potior est causa hereditatis, quæ defertur ex voluntate testatoris, quàm quæ defertur ex dispositione legis, quia lex etiam nominatim ita se deferre hereditates significat, si testatus non fuerit. Et vulgò dicitur, quòd prouisio hominis tollit prouisionem legis, vltimaque voluntas testatoris pro lege seruanda est. *§. disponat. No. 22. de nupt.*

Obijcitur l. si quis ita 82. *¶* de here. inst. vbi præfertur successio ab intestato successioni ex testamento. Resp. Ibi testator id expressè voluit, quia instituit heredes sub ea conditione, si legitimi heredes hereditatem vendicare nolint, tunc priore loco legitimi hereditatem vendicabunt. Cùm enim lex statuerit in gratiam testatoris, potiozem esse eius voluntatem dispositione legis, poterit huic fauori renuntiare.

Secundò obstat huic regulæ, alia regula, qua dicitur, Quamdiu potest peti contra tabulas bonorum possessio, nõ debet dari secundum tabulas. l. æquissimum. *¶* de bo. pos. sec. tab. At per bonorum possessionem contra tabulas defunctus fit intestatus, per secundum tabulas testatus. l. vt liberis. C. de colla. Ergo hoc casu prior est causa intestati, quam testati. Ad euitandam hanc obiectionem sic accipe verba regulæ, ex testamento scilicet iusto & efficaci, tam iure ciuili, quàm prætorio, quia si iure prætorio est iniustum, veluti si in eo filius emancipatus est præteritus, perinde est, quod ad illud ius attinet, ac si omninò intestatus decessisset.

ASSERTIO

## ASSERTIO XLIII.

*Tutor etiam qui non gerit tutelam, pupillo hereditatem adeunti, auctor esse potest.*

**P**UPILLVS heres institutus, si plures habet tutores, quorum quidam tutelam gerunt, quidam non, eo etiam auctore, qui tutelam non gerit, rectè hereditatem adire potest. l. pupillum 49. *¶* de acq. here.

Contraria est l. 4. *¶* de auct. tuto. vbi dicitur, quòd si tutor qui tutelam non gerit, auctoritatem præbeat in contractibus pupilli, ratum id haberi non debet. Respondendum sub distinctione tradita ab Azone in d.l. pupillum. Aut tutor voluntate sua non gerit tutelam, vtpote si tutor contutori suo administrationem totam vtrò cessit & commisit, & cum huius honorarij tutoris auctoritate, qui nihil gerit, pupillus nihilominus hereditatem adire potest. arg. l. quòd si fortè 14. *§. 1. ¶* de solut. Aut tutor inuitus ab administratione tutelæ à patre vel Prætoze remotus est, & tunc si eo tutore pupillus hereditatem adeat, ratum non habetur. l. 3. *§. si parens ¶* de adm. tuto.

## ASSERTIO XLIV.

*Cuius pater est furiosus, is sine iussu eius hereditatem adire potest.*

**T**RADITVR in l. cùm heres 52. *¶* de adqu. her. quòd filius patris furiosi potest adire hereditatem sine eius iussu. Ratio est, quia frustra expectatur patris iussus in adeunda hereditate, cuius consensus nihil operatur, cùm iubere non possit.

Quæritur autem, an hæc hereditas, quam filius adiit per se, acquiratur patri furioso, an verò filio adeunti? Et dicendum est filio adquire. Idque ostendunt verba hæc in d.l. cùm heres. Primò quòd dicit, quòd perinde habendum est, ac si paterfam. adiisset.

V u

adiisset.



adiisset. Sed si paterfam. adijisset, sibi acquireret. Secundò quod dicitur, ei permitti seruos hereditarios manumittere; dominus est seruorum, si manumittit.

Opponitur l. furiosus 63.  $\text{¶}$  de adq. here. vbi scriptum est, furiosum posse acquirere hereditatem, per seruum, vel cum quem habet in potestate, intellige filium. Resp. Bart. ad d. l. furiosus, quòd pater furiosus tunc acquirit hereditatem, quando filius iussu & auctoritate curatoris adiit. Si verò filius sua sponte adiit, sine iussu Curatoris, sibi acquirit, non patri. l. ult. C. de cura. furio.

## ASSERTIO XLV.

*Heres implendo conditionem potestatiuam, sub qua institutus est, hereditatem statim adire censetur.*

**P**ROBAT & confirmat hanc thesin l. iam dubitari 86. §. 1.  $\text{¶}$  de here. inst. Sed huic sententiæ obijcitur l. 1. §. 1.  $\text{¶}$  de cond. cau. da. cau. non secu. l. si pupillus. & l. ei qui ita.  $\text{¶}$  de cond. inst. vbi dicitur, quòd qui implet conditionem, non censetur adire hereditatem. Hoc enim tantum facit implementum conditionis, vt institutio pro pura habeatur, quæ prius erat conditionalis. Itaque is qui implet conditionem, hoc ipso non efficitur heres, nisi postea se gerat pro herede. d. l. ei qui ita. Resp. cum Accurs. & Bart. in d. l. 86. §. 1. sub distinctione. Aut heres implet conditionem eo animo, vt sit heres, vt puta, si dicat se ea mente parere conditioni, quòd velit esse heres, & tunc implendo conditionem statim fit heres. Aut eo animo implet conditionem, vt puram tantum reddat institutionem, ac deinde de adenda hereditate decernat, & tunc impleta conditione, liberum ei est vel adire, vel repudiare hereditatem. l. Antifilius 82.  $\text{¶}$  de acq. hered.

ASSERTIO

## ASSERTIO XLVI.

*Cuius rei legatario non est commercium, ei inutiliter ea res legatur.*

**L**EGARI res non possunt, quæ sunt extra commercium hominum, hoc est, quarum possessionem vel dominium nemo acquirere potest. Vlp. in fragm. tit. de domin. In hoc autem articulo ita distinguendum. Aut heres, vel is à quo relinquitur legatum, non habet rei commercium, sed legatarius habet, & tunc valet nihilominus legatum. l. mortuo 49. §. Labeo. de leg. 2. Aut legatario non est rei commercium, & tunc nullius momenti est legatum, adeò vt ne quidem æstimatio debeatur. l. cum seruus 39. §. ult. de lega. 1. Exempli gratia. Christiani serui est commercium, Iudæus tamen eius commercium non habet. Ergo legatario si sit Iudæus, inutiliter talis seruus legatur. l. vnic. C. Ne Christ. manc. Iudæ. hab.

Obijcitur l. sed si res 41. de leg. 1. vbi dicitur, quòd si res, cuius commercium non habet legatarius, ab eo per fideicommissum relinquatur ei, cui ius non est possidendi, æstimationem deberi. Sed ea lex emendanda est, & posterior negatio dispungenda, vt hic sit sensus: Si legetur alicui res, cuius commercium non habet, & rogetur restituere ei, qui eius commercium habet, valere fideicommissum. ex l. multum 34. de ver. obl. vbi dicitur, quando is cui acquiri debet, capax est relictæ, valere legatum, licet promissor seu debitor non sit capax: aliàs nisi ita prædicta lex legatur, impossibilis erit eius conciliatio. Cuiac. ad d. l. multum.

Secundò opponitur l. filiusfam. 114. §. si quid alicui. de leg. 1. vbi dicitur, si alicui res legetur, quam capere non potest, tamen debetur æstimatio. Resp. sub distinctione. Aut legatarius est incapax legati propter delictum suum, vt puta si tutor pupillam suam duxit in vxorem, & hic nihil ex testamento eius capere potest. l. ult. de leg. 1. Ideoque inutile est legatum, quod tutor ex testamento eius accepit, nec debetur æstimatio. Aut legatarius



extrinsecus propter corporis vitium, aut legati qualitatem non est capax legati, & eo casu debetur æstimatio. Veluti si claudio aut loripedi cursoris, vel muto legetur cantoris officium. Ita distinguit Gl. ad §. non solum. Inst. de legat. quæ communiter ab omnibus est approbata.

Obijcitur postremò l. fideicommissa xi. §. si seruo. de leg. 3. vbi seruo incapaci relicta est militia, & tamen debetur æstimatio. Resp. Ideò debetur æstimatio, si sciens seruo eam legauit, quia in legato militia, hoc est, quando redditus officiorum annui in scholis alicui legantur, æstimatio inest: & tale legatū magis in quantitate, cuius seruus non est incapax, quam in corpore consistit. d. l. mortuo. §. 1. l. Titia 87. de leg. 2. Cuiac. ad d. l. multum.

Ex hac decisione eleganter inferitur, quòd si feudum alicui testamento relictum est, non valere legatum, adeò vt ne quidem æstimatio debeatur. Ratio est, quia cum feudum extra familiam alienari non possit, & extraneus eius possidendi ius non habeat, neque ei per legatum relinqui potest. Curt. in tract. feud. par. 4. num. 126. Præf. in loco à feudo ad emphyt. num. 16. per generalem regulam traditam in d. l. cum seruus. §. vlt. quòd quando aliquid legatur, quod non est in commercio legatarij, tunc nec debetur eius æstimatio.

## ASSERTIO XLVII.

*Quantitas eadem sæpius legata, pluries debetur,  
volente testatore.*

**I**NTER speciem & quantitatem legatam hæc seruatur differentia, vt si quantitas eadem sæpius legetur, tunc pluries debeatur. Sed si eadem species sæpius eidem legetur, tunc semel tantum debetur, quia res semel mea facta, amplius mea fieri non potest. l. planè 34. §. 1. de leg. 1. In hoc autem articulo ita latius distinguendum. Aut in vno testamento eadem quantitas sæpius relinquatur, & tunc semel tantum debetur, nisi legatarius probauerit defunctum voluisse multiplicare legatum. Præsumitur enim, si in eadem scriptura sæpius vnum legatum scribitur.

scribatur, quòd testator potius illud repetere & inculcare, quam multiplicare voluit. d. l. planè. §. 1. vbi ita sentit Gl. & Bart. Aut testator diuersis scripturis eandem quantitatem sæpius legauit, vt puta testamento & codicillis, & tunc præsumitur voluisse legatum multiplicare, itaque sæpius præstabitur. Exempli gratia. Si testator legauit testamento 50. & codicillis 50. præsumitur facta multiplicatio. Ideoque debentur centum, nisi contrarium heres probauerit, l. quingenta 12. §. de proba. Quòd si verò dispares quantitates sunt relicte, siue in eadem vltima voluntate, siue in diuersis, tunc vtrunque legatum præstabitur, tex. notab. in l. 3. §. cum Titio. & l. cum centum. §. de adi. lega. Zaz. ad d. l. planè. §. 1. num. 19.

Obstat huic doctrinæ l. Sempronius 47. de leg. 2. vbi testator cum vno testamento duabus tabulis scripsisset, in vno legauit centum, in alio quinquaginta, deciditur, quòd tantum quinquaginta debeantur. Resp. Ibi vtraque quantitas deberi non potest, quia testator non nisi vno testamento decedere potuit. Itaque in dubio minor summa debetur, nisi legatarius contrariam voluntatem probauerit. l. si ita 14. de leg. 1.

Secundò obijcitur l. libertis. §. de ali. lega. vbi primò testator legauit testamento menstros decem, deinde codicillis menstros septem: in hac specie deciditur, quòd posterius legatum tantum debeatur, ac si prior legata quantitas esset reuocata. Resp. Ideò in illa lege minor summa in posteriori vltima voluntate relicta debetur, quia in priori legauit certis tantum personis seu libertis, posteriori verò legauit generaliter omnibus libertis: hoc enim speciali casu minor summa debetur. Quando enim testator priori scriptura aliquibus legatum amplius relinquit, & in posteriori omnibus exiguius relinquit, tunc omnibus minor summa debetur, quia à priori voluntate recessisse videtur. Zaz. ad d. l. planè. §. 1. num. 23. Vel aptius & melius responderi potest, quòd hoc specialiter procedat in alimento legatorum, ne vltra modum alimentorum quicquam habeant legatarij. Illud enim speciale est in legatis alimentorum, vt non multiplicentur, nec reiterentur. l. alimenta. §. basilicæ. §. de ali. lega. Ita notat Duare. ad d. l. planè. §. 1.



## ASSERTIO XLVIII.

*Legatum in alterius liberam & meram voluntatem conferri non potest, sed in alterius voluntatem, tanquam viri boni arbitrium collatum, valet.*

**P**AVLVS & Vlpianus in l. 1. de leg. 2. & l. Senatus 43. §. legatum. de leg. 1. in arbitrium alterius conferri legatum, velut conditionem posse scribunt. Verum Modestinus in l. nonnunquam 52. §. de cond. & dem. in alienam voluntatem conferri non posse legatum respondit. Hæc IC<sup>num</sup> responsa sibi contraria videntur, vt affirmantia & negantia. Charondas in libris *περὶ τῶν* ea sic conciliat, vt si legatum in alterius arbitrium, tanquam quæuis conditio conferatur, ipsum valeat, tanquam si testator boni viri arbitrium intellexisset. Verum si huiusmodi sit legatum, vt testatorem alterius voluntatem ita elegerit constet, vt ex ea legati dationem pendere omnino, non tanquam ex boni viri arbitrio sensisse videatur, legatum est inutile. Sic enim de bonis suis testatorem disponere oportet, vt vltima eius sententia ex alterius nutu non pendeat, sed vt ipse declaret ex suo ipsius arbitrio & iussu, quid post mortem suam fieri velit. Vera itaque hæc est conclusio, quod in meram liberam & absolutam voluntatem tertij non rectè relinquatur legatum, sed in arbitrium tertij, vel per verba denotantia arbitrium rectè confertur, quia tunc legatum illo arbitrate efficaciter debetur. tex. est qui sic debet intelligi in d. l. 1. de leg. 2. vel eo non arbitrate recurritur ad viri boni arbitrium. l. vlt. §. sed etsi quis. C. Com. de lega. l. si sic. 75. de leg. 1. Gomez. tomo. 1. Resolu. de lega. num. 47. Similiter in heredis meram & absolutam voluntatem legatum poni non potest, vt si testator dicat, lego Titio centum, si heres meus voluerit. d. l. Senatus. §. legatum. Sed si legatum conferatur in arbitrium heredis, hoc modo, si æstimauerit, si comprobauerit, si iustum putauerit heres legatum valet, & tenetur heres ad eius præstationem: quia si fuerit iustum & æquum, debetur: licet heres non arbitretur, vel contrarium

trarium decernat: quoniam quasi viro bono potius ei commissum est, non in meram eius voluntatem collatum. d. l. si sic l. 11. §. quanquam. de leg. 3. l. fideicommissa 46. de fid. lib.

Præterea in hoc tractatu alia adhuc antinomia occurrit: nam Pomponius in d. l. si quis 68. §. de hered. inst. decidit non valere legatum collatum in arbitrium tertij, hoc modo, si Titius voluerit, valere tamen sub hac conditione, si Titius Capitolium ascenderit. Diuersum decidit Vlpia. in l. 1. de leg. 2. vbi videtur asserere, vtroque casu legatum rectè relinqui, siue dicat testator, si Titius Capitolium ascenderit, an si voluerit. Resp. Apud Vlpian. hæc oratio proponitur per negationem. Quid interest, an legetur, si Titius voluerit, an verò, si Capitolium ascenderit: atqui ibi nihil definitur. Certum tamen est ex d. l. si quis, has formulas legati plurimum inter se differre. Valet legatum, seu institutio heredis, sub conditione, si Titius Capitolium ascenderit: non valet, si Titius voluerit. Ratio diuersitatis est, quia hæc conditio si Titius voluerit, planè confertur in arbitrium Titij, & sola hinc Titij voluntas quodammodo spectatur, nec relinquatur aliquid voluntati testatoris. Itaque vitiosa est hæc dispositio, quia testamentum est voluntatis nostræ, non alienæ de rebus nostris dispositio. At quando ita legatur, Caio do lego, si Titius Capitolium ascenderit, tale legatum valet, quia tunc testator certus est de sua voluntate, neque confertur dispositio plenè in Titij arbitrium, sed hoc principaliter agitur, vt aliquid faciat Titius, quod fortassis interest testatoris ad effectum deduci, & ita non principaliter, sed in consequentiam pendet legatum ex voluntate Titij. Duare. ad tit. §. de cond. inst. Connan. lib. 1. Com. c. 6. Itaque quod in d. l. Senatus. §. 2. traditur, in aliena voluntate legatum poni posse, hoc accipiendum est ita, quod tacitè poni possit, vt in hac conditione accidit, si Titius Capitolium ascenderit, expressè verò in alienam voluntatem legatum conferri non potest. Donel. ad l. 43. de V. O. num. 6.

Obijcitur etiam huic assertioni l. si quis mihi 25. §. si coram. §. de acq. her. vbi valet aditio hereditatis, quæ sit arbitrio Titij. Resp. In eo loco iussus est filius à patre hereditatem adire coram Titio,



Titio, quod perinde est, ac si Titio sciante, intelligente & arbitrante adire iussus sit, id est, illius consilio & arbitrio, non voluntate: alioqui conferretur hereditatis aditio in alienum arbitrium. Inuito igitur Titio potest adire, non debet & velle Titius, sed debet adesse, & intelligere quid agatur, & consulere heredi: si opus foret, atque ita videtur heres ad eundem paruisse voluntati defuncti. l. coram 109. vbi Cuiac. §. de V.S.

Postremo obijcitur l. fideicommissa 11. §. sic fideicommissum, de leg. 3. vbi dicitur, quod valeat legatum ita conceptum: Titio fundum lego, nisi heres meus noluerit. Resp. Ideo illud legatum valet, quia conditionale est, & primam voluntatem exigit: hoc est, si contigerit heredem semel voluisse, amplius sententiam mutare non potest: quia in perpetuum tractum voluntatis eius legatum non est collatum. Aliud obtinet in conditione, si voluerit, nam ea futuri temporis tractum perpetuum includit, & mutandae voluntatis potestatem delatam significat. Ideoque tale legatum, cum heredem nullo modo obstringat, non valet. arg. l. centesimis. §. vlt. §. de verb. obl. Rober. lib. 2. recep. sent. cap. 10.

## ASSERTIO XLIX.

*In legato generis est electio legatarij, nisi aliud testator dixerit.*

**P**ROBATVR haec decisio expresso textu in §. si generaliter. Inst. de lega. Adhibetur autem plerumque in hoc articulo haec distinctio, Aut testator verba legati direxit ad heredem, hoc modo: Heres meus damnas esto dare Sempronio vnum ex meis equis, seruis, &c. & tunc heredis est electio. l. qui concubinam. 29. §. 1. in fi. de leg. 3. l. si is cui 19. l. si ita relictum 43. §. vlt. de leg. 2. vbi legatum fuit hac formula relictum, Heres dato: ideoque electio est heredis, quia verba eum respiciunt. Aut ad legatarium verba directa sunt, ita dicendo: Sempronius habeat, capiat vnum bouem: & tunc legatario datur electio. l. plane 34. §. vlt. de leg. 1. vbi testator ita dixit,

Fun.

Fundum aut usufructum sibi habeto legatarius, & dicitur legatarij electionem esse, quia verba ad eum referuntur. Sneider. & Wesem. ad d. §. si generaliter: Cum autem verba legati sunt dubia, electio est legatarij, vt si dicat testator, do lego. l. Lucio 23. de leg. 2. Ratio est, quia hoc legatum est vindicationis, in quo recta via dominium transit in legatarium, & qui rem vindicat, certam rem, quam & qualem petat, exprimere tenetur. l. 6. §. de rei vend. l. huiusmodi 84. §. vlt. & l. seq. de leg. 1. Aliud est in legato damnationis, in quo heres constituitur debitor, & verba referuntur ad heredem; ideoque quia regulariter in obligatione generis est electio debitoris, l. qui ex pluribus 106. de V.O. l. plerumque. §. de iu. dot. heres vnam ex pluribus speciebus eligere potest. Praeterea ex eo legato oritur tantum actio personalis ex testamento, non rei vindicatio, & sic cessat hic varietas actionum propter quam competit electio legatario, l. si seruus 108. §. cum homo. de leg. 1. & ibi pulchre Cuiac. ad Afric. Hodie vero ex quo iure nouo proditum est, vt non solum in personam agatur, sed etiam in rem ex omnibus generibus legatorum, idque in fauorem legatarij sit constitutum, l. 1. C. Com. de lega. d. §. cum homo, merito tribuenda est electio legatario in legato generis: si modo eius generis res testator in patrimonio habuerit, l. 2. §. de opt. leg. Baro in manual. ad tit. de legat. Duare. ad d. l. legato.

Obijcitur l. legato 37. §. 1. & l. si quis a filio 32. §. 1. l. cum seruus 39. §. Scio. de leg. 1. vbi dicitur, quod si quis plures seruos vel fundos eiusdem nominis habens, legauit vnum fundum vel seruum, nec appareat de quo senserit, electionem esse heredis. Resp. Ibi testatorem de certa re seu specie sensisse probabiliter colligi potest, quo casu heredi competit electio. Cum enim constet testatorem certam rem animo agitasse, simul quoque certum est, nullam eum electionem legatario tribuisse, neque omnes res legato subijcere voluisse. Ideoque cum ob defectum probationis eius quod actum est, inutilis dispositio reddi videatur, l. duo sunt Titij. §. de test. tute. tamen quia certum est, testatorem vnam rem dare voluisse, eius voluntatis conseruandae gratia in legatarij fauorem id legatum valere interpretamur: sed

Xx

ita vt



ita ut heredi in eo gravato, quod non corrumpat actus, tanquam debitori existenti concedatur electio. arg. l. plerunque  $\bar{n}$  de iur. dot.

Sed huic sententiae iterum obstat l. qui duos 20. de leg. 1. Quidam duos servos habebat, vnum ex eis legavit, non intelligitur quem legaverit, legatarij electio est, inquit. Sed dissimilis est haec species, quoniam hic testator non sensit de certo servo, sed legavit vnum ex duobus per vindicationem; non dixit, Stichum lego, tunc sentiret de certo. Itaque non sensit de certo corpore, unde merito dicitur legatario competere electionem. Duare. ad d. l. legato.

Illud autem notandum, quod quando in legato generis legatarius habet electionem, tunc neque optimum, neque pessimum, sed mediocre eligit, & hoc ab herede ei praestabitur. d. l. legato 37. l. si heres 110. de leg. 1. l. fancimus. §. 1. C. de dona.

Secundo obijcitur l. 3. & 4.  $\bar{n}$  de trit. vin. oleo leg. vbi dicitur, quod vino vel oleo generaliter legato, non adiecta certa qualitate, praestandum non esse optimum vel mediocre, sed id quod heres elegit. Resp. Hoc verum est, quando legatum generis in quantitate consistit, tunc enim electio est heredis, & heres liberatur dando minimum. l. si fideiussor 52.  $\bar{n}$  Manda. Sic etiam nummis in genere legatis exiguiore debentur. l. nummis 73. de leg. 3. Zaz. ad d. l. legato. 37. Rober. lib. 2. sent. c. 14.

## ASSERTIO L.

*Recte definitur legatum, quod sit donatio quaedam à defuncto relicta.*

**H**aec definitio traditur à Iustiniano in §. 1. Inst. de lega. vbi haec verba quae addita sunt AB HEREDE PRAESTANDA, spuria & supposititia sunt, à sciolo quodam imperite adiecta, ideoque rejici debent. Probat hoc primo, quia Theophilus Institutionum paraphrastes eorum verborum non meminit, & absunt à definitione Modestini in l. legatum 36. de leg. 2. Secundo probatur haec sententia per l. Lucius 22. de leg. 2.

vbi re-

vbi refertur, legata etiam ab ipso testatore in vita eius solui & praestari posse. Ergo non semper ab herede eius praestanda sunt. Idem probat l. filia. C. eod. Tertio & confirmatur hoc ea ratione, quod legata ab alio, quam ab herede praestentur. Nam legata hodie ex constitutione Iustiniani fideicommissis sunt exaequata. l. 2. C. Com. de lega. At fideicommissa praestantur non solum ab herede, sed etiam ab herede heredis vel legatarij, item à patre vel domino heredis, imò & à legatario & fideicommissario praestantur. l. 5. §. ult. cum l. seq. de leg. 3. Inst. de reb. sing. per fideic. relic. in princ. Ideoque & à legatario, item herede heredis & legatarij, sicut fideicommissi, ita & legari potest, & sic non semper ab herede legatum praestatur. Quinimo & à marito, qui morte vxoris dotem lucratur, vxor legatum recte relinquere potest. Denique à donatario causa mortis, & ab omni eo, qui quid mortis causa accepit à defuncto, sicut fideicommissi, ita & legari potest. l. ab eo. C. de fideico. l. 1. §. pen. de leg. 3. Itaque ex his rationibus liquidò apparet, quod illa verba AB HEREDE PRAESTANDA, veteri definitioni legati, non nouae conueniant. Godæ. ad l. verbis 120. de ver. sign.

## ASSERTIO LI.

*Sicut aucto legato, quod accedit, pertinet ad legatarium, ita diminuto legato, quod superest, debetur.*

**A**VGMENTVM & diminutio in re legata contingens pertinet ad legatarium, nisi constet testatorem voluntatem mutasse. Vnde si areae legatae imposuit aedificium post testamentum factum, debetur domus imposita legatario: & è contra domo diruta casu aut vi maiori, debetur adhuc area, quae est maxima pars aedium, & consequenter rudera & caementa. l. si ex toto 3. de leg. 1. l. si areae 39. de leg. 2. l. si grege 22. de leg. 1. Sed si testator ex proposito seu consultò domum legatam destruxit, aliamque ibi aedificauit, legatum interit, quia creditur mutata voluntas testatoris. l. si ita legatum 65. §. fin. de leg. 1.

Sed in hac re pugnare videtur l. si chorus 79. §. area. de leg. 3.

XX 2

cum



cum d.l. si area. Duare ad d.l.s. hæc ita concipiuntur, vt regulariter area legata ædificium areae impositum debeat: sed tamen hoc non procedit, si appareat ex coniecturis testatoris voluntatem mutatam, vt si homini tenuis fortunæ legata sit area, & postea magnifica & sumptuosa domus areae imposita, non debetur ædificium. arg. l. seruum 44. §. si area. de leg. 1. Quod & videtur Accur. sentire in d.l. si chorus. §. area. Itaque in dubio area legata debetur & impositum ædificium, nisi testator voluntatem mutauerit. Generaliter enim superficies cedit solo: mutata autem voluntatis probatio exigitur ab herede. l. 11. §. si rem. de leg. 3. Et si heredi non suppetat probatio in hac specie, præsumitur testator imposito areae ædificio, potius auxisse legatum, quam mutasse voluntatem. Diuersum obtinet, si lana legata sit, & vestis ex ea fiat, item si ex sylua legata nauis extruatur, aut ex marmore legato conficiatur statua, tunc enim extinguatur legatum. l. Seruus 57. l. quæsitum 78. §. illud. l. lana 83. de leg. 3. Ratio diuersitatis est, quia in prioribus casibus species noua non planè perimit priorem, ideoque illud quod mutatum est, debetur. Sed quando prior species ita mutatur, vt planè extinguatur, nec in priorem speciem iterum redigi possit, interit legatum, vt si fiat ex sylua nauis. At si res ad priorem speciem reduci possit, vel prior species non planè extinguatur, mutatio non perimit legatum. Vnde area legata domus imposita debetur, & massa argenti legata, scyphi ex ea facti debentur. d.l. lana. Cuiac. lib. Obl. 23. c. 22.

Verum adhuc magna superest antinomia, in eo quod de lana dictum est: nam in l. seruum 44. §. si pocula. de leg. 1. respondit Vlpianus, veste facta ex lana deberi vestem. Id Paulus negat in d.l. lana. Respondet Duarenus ex sententia veterum, quod regulariter lana legata non debetur vestis, nisi appareat testatorem vestem quoque voluisse deberi: vt si forte fecit vestem, quo plenius consuleret legatario, qui in ea re sumtum facturum erat. Et hoc est, quod dicit Vlpia. in d. §. si pocula, si modò non mutauit testator voluntatem. Itaque lana legata non aliter debetur vestis ex ea facta, quam si ex coniecturis appareat testatorem hoc voluisse. Duarenus ad d. §. si pocula.

Deni-

Denique obstat prædictis textus in l. mortuo 49. de leg. 2. vbi mortuo boue legato, nec caro, nec corium debetur. Resp. Ibi res ipsa animata, quæ erat legata, peremta est, quæ longè differt in substantia ab illa, quæ remansit, & ideo nihil debetur. Non eadem est materia nec forma mortui pecoris, quæ viuæ, nec caro eadem. Animal enim legatum est, animalis verò nihil superest, quia exuuiæ non sunt pars animalis. Cui legi non aduersatur l. si seruus. §. boue. & de cond. furt. quæ mortuo vel occiso boue furtiuo, ait dominum condicere aut vendicare *λεηλαται*. Nam ea lex loquitur de domino, nos loquimur de legatario nondum nacto rei legatae dominium: hoc est, si bos perijt viuo testatore, vel ante aditam hereditatem. Animal legatum non est legatarii, nisi post mortem testatoris, & aditam hereditatem. l. si tibi 86. §. cum seruus. de leg. 1. Ideoque si interim pereat sine dolo & culpa heredis, nec æstimationem, nec *λεηλαται* petere poterit legatarius. Duarenus ad d.l. si grege.

## ASSERTIO LII.

*Res hostium legari potest.*

**I**N hac ambigua quaestione, an res hostium commodè legari possint, ita distinguendum est. Aut res apud hostes existens, aliquando nostra fuit, & ea rectè legari potest, propter spem postliminij, quia fieri potest, vt eam deuietis hostibus recuperemus, aut pretio redimamus. l. id quod apud hostes. 9. l. seruus ab hostibus 98. de leg. 1. l. vlt. & de act. emp. Aut res apud hostes existens, nunquam nostra fuit. Et hæc absolutè legari non potest, sed ita demum, si aliquo casu emi possit. l. ab omnibus 104. §. etiam. de leg. 1. Hoc est, eæ tantum res hostium legantur, quæ eiusmodi sunt, vt rectè emi & vendi possint, quales sunt pleræque res mobiles, exceptis armis, & quæ ad victum parandum pertinent: reliquorum enim mobilium commercium cum hostibus rectè exercetur. l. eodem ferro. & de publ. & vect. l. 1. & 2. C. Quæ res exp. non deb. l. vnic. C. de litto. & itin. custod. lib. 12. Itaque & illæ res hostium rectè legantur, quæ



quæ ab hostibus emi possunt. Fundi verò & aliæ res immobiles hostium nulla ratione emi possunt, cum bello capti publicentur, & fisco addicantur, non autem fiant occupantis, l. si captivus 20. §. 1. de capt. & postl. Ideoque nec stipulari aut legare fundum hostium possumus. l. liber homo 103. de verb. obl. Rober. lib. 1. sent. iur. c. 17.

## ASSERTIO LIII.

*Legatum fundi in genere relinqui, siue testator habeat fundos in patrimonio, siue non, nullius est momenti.*

**R**ATIO huius assertionis est, quod fundus sola destinatione & voluntate patrisfam. constituitur, ita ut quælibet minima pars fundi, veluti palmus vel cespes terræ, possit dici fundus. l. quod in rerum 24. §. si quis post. l. planè 34. §. ult. de leg. 1. l. locus 60. de V. S. Ideoque cum heres vel minimam partem agri dando liberetur, merito dicitur derisorium, & nullius momenti hoc legatum. tex. in l. cum post 69. §. gener. de iu. dot. tex. in l. ita stipulatus 115. de V. O. ubi Ioan. de Imola istam opinionem dicit magis communem, sicut & Iason notat in l. legato generaliter. de leg. 1. Contrariam opinionem defendit Petr. de bella Pertica in d. l. ita stipulatus, quem ibi refert Bart. in 8. oppos. quod scilicet valeat legatum fundi in genere, si modo testator reliquit fundos in patrimonio. Sed tamen prior sententia verior est, & in iure magis fundata.

Obijcitur l. si domus 71. de leg. 1. Vbi dicitur, quod legatum domus in genere relictum valet, si modo testator reliquit domos in patrimonio, teneturque heres eam domum solvere quam volet: si verò nullam domum reliquit, derisorium magis est legatum quam utile. Resp. Illa lex procedit in domo seu prædio urbano: cuius non est tanta incertitudo, quam fundi rustici, cum domus appellatione intelligatur omne ædificium aptum ad inhabitandum. Sed in fundo rustico maior est incertitudo, cum fundus possit intelligi tam de loco ad seminandum destinato, quam de vinea, prato, horto, vel alio simili: quod

non

non est in prædio urbano. Præterea licet fundus rusticus habeat certos aliquos fines & limites, facti hominis circumscriptos, tamen non ita sunt fixi certi & perpetui, sicut limites fundi urbani: quia domus magis realiter distinguitur quam fundus, scilicet per cæmenta, ligna, lapides & parietes. Ideoque generale fundi rustici legatum merito vitatur propter incertitudinem. Ita tradit Gómez. in var. resolu. c. de lega. num. 23. & c. de qual. contract. num. 8. Est enim vera & certa regula, quod omne legatum, omnisque stipulatio, quæ ad rem vilissimam reduci potest, nullius est momenti. d. §. gener. l. triticum. de verb. obl.

## ASSERTIO LIV.

*Cum certa pecunia vel quantitas legatur, tanquam corpus, pars eius pecunie, que superest, debetur.*

**Q**VANDO testator legat quantitatem tanquam certum corpus vel speciem, veluti si legat Titio decem, quæ in tali arca vel loco habet, tunc ea quantitas tantum debetur, quæ in designato loco reperitur, siue tanta sit summa, quantum testator expressit, siue minor. Tex. est in l. si servus 108. §. qui quinque. de leg. 1. fac. l. sed si certos 51. de eo. Additur ratio in d. §. quia cum quantitas tanquam certum corpus legatur, & ea quantitas in rerum natura non sit, nihil legatum videtur. Non enim pecunia, hic tanquam quantitas consideratur, cum ea veluti genus non possit perire. l. incendium. C. Si cert. sed tanquam corpus vel species, cuius interitu sine sua culpa contingente debitor liberatur. l. si ex legati 23. de V. O. Additur in d. §. qui quinque, quod ea tamen summa quæ superest, debetur. Idemque subiicit Africanus in stipulationibus obtinere.

Cui è diametro repugnat l. si ita stipulatus 120. de ver. obl. ubi dicitur, si quis ita stipulatus est, hanc summam centum aureorum, quæ est in hac arca vel mensa, mihi dabis: si non sit quantitas centum aureorum, nulla & inutilis est, etiam respectu eius quantitatis, quæ minus reperitur, stipulatio. Resp. In isto

excus-



exemplo præcisè actum fuit inter contrahentes de summa centum aureorum. Ideoque inutilis est stipulatio propter mentem contrahentium, si tanta summa non reperitur. Ias. & Duare. ad d. l. 120. Peck. ad c. plus semper. de R. I. in 6.

Secundò obijcitur, quòd falsa demonstratio legatum non vitiat, l. 17. de cond. & dem. Itaque si Titio decem quæ in arca sunt, legata sunt, debetur legatum, licet nulla pecunia sit in arca Resp. Quod dicitur falsam demonstrationem non vitare legatum, hoc verum est, dummodò aliquid sit quod legatur: at in proposito res nulla subest, si nulla pecunia in arca reposita extet. Qui enim decem quæ in arca sunt legat, non quantitatem legat, sed corpus quod non extat. l. 1. §. 1. vers. sed etsi dotem. de dot. præleg. Sic statuunt Pac. cent. 6. conc. 32. Baro in manua. ad d. tit. qui norat, hoc legatum, Centum quæ in arca habeo, non tam falsam demonstrationem, quam certam relationem continere ad certum subiectum: quæ relatio efficit, vt subiecto non existente, ad quod relatio legati facta est, deficiat legatum.

Tertiò obijcitur l. si sic legatum 75. §. 1. de lega. 1. vbi dicitur, quòd si testator legauit alicui decem, quæ Titio debet, nec quicquam Titio debeat, nihilominus decem debebuntur, nec falsa demonstratio perimet legatum. Resp. Quod dicitur, falsam demonstrationem legatum non perimere, hoc restringitur sub hac conditione, si modò id quod legatur, sit in rerum natura, l. quibus 40. §. pen. de cond. & dem. Itaque cum hoc in casu certa summa legata sit, quæ nullo certo loco definita est, ac proinde vndecunque sumi possit, falsa demonstratio legatum non perimit. Ratio diuersitatis est, quòd certi loci definitio etiam in pecunia certum corpus facit, quòd non vbiuis, sed in loco tantum designato sit, l. planè 34. §. sed si non corpus. de leg. 1. Itaque si hoc corpus in eo loco non extet, intelligitur legatum quod non est in rerum natura. At vbi certa summa legata nullo loco circumscripta est, apparet legatam eam quantitatem quæ in rerum natura est, quæ cum possit vndecunque sumi præstari, valet legatum.

Sed adhuc vehementer aduersatur d. l. si sic. §. 1. vbi deciditur,

tur, quòd si testator legat Titio decem, quæ sibi Titius debet, vel quæ sibi Sempronius debet, & neutri eorum quicquam debeat, in vtroque casu legatum non valet. Resp. Ideò ista legata non valent, quia nullæ res extant, quæ legate sunt. In priori casu, cum testator legat Titio decem, quæ sibi debet, liberationem legat Titio ab illis decem: sed nulla est liberatio hominis non obligati, ideoque nullum est legatum. l. legauit. de lib. leg. In posteriori verò casu, cum testator legat Titio decem, quæ sibi Sempronius debet, non legantur decem, quæ hæres præstet, sed legatur actio aduersus Sempronium, quæ nulla esse potest aduersus eum qui nihil debet. ~~Donel.~~ Donel. lib. 8. com. c. 14.

## ASSERTIO LV.

*Quando testator legat fundum sibi cum alio communem, pars testatoris propria tantum debetur, nisi alteram partem redemit à socio, tunc enim totus fundus debetur.*

**C**VM fundus communis legatur, pars tantum debetur, quæ testatoris propria est. l. 5. §. 1. de leg. 1. Ratio est, quia censetur testator illud ius tantum legasse, quod in fundo habet. l. si domus 71. §. vlt. de lega. 1. Idem dicendum est, si testator fundum quem cum alio communem habet, legat his verbis, Fundum meum dato; tunc enim pro parte dominij legatum tantum consistit, non etiam pro parte socij. tex. est in d. l. 5. §. vlt. l. dominus 22. §. vlt. de pecu. leg. Ratio est, quia meum etiam est, quod pro parte meum est. l. si quis seruos 74. de leg. 3. l. illud 46. de rit. nupt.

Sed quæritur, si testator fundum communem ita legauit, Fundum meum dato: & deinde redemit partem socij, ita vt totus eius factus sit, an totus debeatur legatario? Et decidit Accur. in d. l. 5. §. vlt. quòd totus non debeatur, per l. si ita 7. de au. & arg. leg. vbi traditur, quòd hæc verba, meum, tuum, præsens tempus testamenti significant. Atqui eo tempore pars tantum erat testatoris. Ergo eà pars tantum debetur. Quam sententiam Accursij, Iason & Zazius improbant in d. l. 5. & rectè statuunt,



tuunt, etiam partem post testamentum redemptam & acquisitam deberi legatario. per l. 8. & l. quod in rerum 24. §. 2. de lega. 1. l. cum fundus 10. de leg. 2. vbi dicitur, quicquid adiicitur rei legatæ post factum testamentum, id fieri legatarij.

Obijcitur l. si ita 7. §. de au. & arg. lega. vbi dicitur, quod qui vestem suam, argentum suum legat, hoc legato tantum comprehenditur illud, quod testator tempore testamenti possidebat, non verò quod postea acquisiuit. Resp. Ista lex loquitur de accessione corporum separatorum, vt cum quis legat vestes suas, & post testamentum alias acquirit, illæ non debentur legatario. Diuersum est, si pars accedens ita rei legatæ adiiciatur, vt cum ea vniatur, tunc enim ista accessio debetur legatario, exemplo alluionis. Zaz. ad d. l. 5. §. Labeo. num. 6. de leg. 1.

## ASSERTIO LVI.

*Cui quid coniunctim legatur, cum altero, qui non est in rerum natura, ei iure veteri pars tantum debetur, iure nouo solidum.*

**Q**VANDO duobus coniunctim eadem res legatur, & legatum ab initio non consistit in alterius persona, vtpote quia non fuit in rerum natura tempore testamenti, tunc eius pars non accrescit collegatario, sed relinquitur apud heredem. tex. est in l. si duobus 16. in princ. de leg. 1. vbi talis facti species proponitur. Legauit quis fundum Titio, & Mæuij quem credebat viuere. At Mæuius iam erat mortuus: queritur an Titio debeatur totus fundus. Decidit IC. partem tantum ei deberi, & sic pars altera, quæ pro non scripta habetur in persona Mæuij, remanet apud heredem. Ratio decidendi, cur hæc pars non accrescat collegatario, hæc est, quia nunquam substiterat legatum in persona Mæuij. Ergo nec accrescere poterat, quia non entis nullæ sunt qualitates. Legata quæ ab initio non consistunt in persona legatarij, pro non scriptis habentur. Ideoque apud heredes remanent. l. huiusmodi 84. §. si Titio. de lega. 1. l. si Titio 7. §. de lega. 2.

Obijcitur

Obijcitur §. fina. d. l. 16. vbi testator qui habebat vxorem grauidam, legauit Titio & postumis fundum, & deciditur, quod non nato postumo, Titio totus fundus debeatur iure accrescendi. Resp. In principio legis legabatur ei qui non erat in rerum natura, nec esse sperabatur, quo casu pars deficiens non potuit accrescere collegatario, quia illa pars nunquam coeperat, nunquam, vt ita dicam, pedem fixerat, ideoque nec alteri poterat accrescere, quia non entis nullum est accidens. Sed in §. vlt. d. l. 16. legabatur ei, qui licet non erat in rerum natura, tamen sperabatur nasci, vtpote Titio & postumis legauit, cum fortè vxor erat grauida: hoc casu, si propter abortum vxoris non nascatur postumus, pars deficiens legatario coniuncto accrescit, quia legatum in spe probabili constitit. Ille enim qui erat in vtero, sperabatur nasci spe verisimili & probata. Zaz. ad d. l. 16.

Secundò aduerfatur l. quo loco 20. §. de hæ. inst. Vbi pars mortui, quæ pro non scripta habetur, coheredi accrescit. Resp. Ibi loquitur IC. in hereditate, quæ non potest in partem deficere, quia non debet testator partim testatus, partim intestatus decedere.

Tertiò grauiter pugnat l. vnica §. in primo. C. de cadu. toll. vbi dicitur, si duobus coniunctim legetur, & alter non erat in rerum natura tempore testamenti, quod coniuncto pars eius accrescat. Resp. Quod per eam constitutionem Iustinianus derogauit iuri antiquo, & voluit, quocumque modo deficiat pars rei legatæ, etiam si pro non scripta sit, eam coniuncto accrescere, itaque principium d. l. si duobus, emendatur per d. l. vnica. Nam ea constitutio edita est post Pandectas, & in eadem lege, §. in secundo, ait Imp. se nouum ius componere. Duare. ad d. l. 16. & lib. 1. de iu. accres. c. 18.

Yy 2

ASSERTIO



## ASSERTIO LVII.

*Legatum alicui relictum, cum erit annorum XIV. non nisi expleto anno debetur: estque legatum hoc conditionale. Unde si ante annum XIV. legatarius moriatur, ad heredem nihil transmittit.*

**Q**UÆRITUR, si legetur alicui, Cum erit annorum XIV. vel cum pervenerit ad annum XIV. quando debeatur legatum, seu quando intelligatur esse annorum XIV. utrum cum ingressus fuerit annum XIV. an verò cum expleverit: Et deciditur, legatarium ad legatum non admitti, nisi XIV. annum expleverit. Annus coeptus non habetur pro completo. tex. est apertus in l. si cui legetur 49. in princ. de lega. 1. & l. non putabam 48. de cond. & demon.

Verùm cum his legibus valde pugnat l. qui filium 74. §. Fabius. de ad SC. Trebel. ubi ostenditur, satis esse, si legatarius inchoauerit annum XIV. Resp. In his legibus referuntur diversa Imperatorum decreta. In l. si cui 49. & l. non putabam 48. refertur decretum Antonini Pij, quod obtinuisse apparet ex eo, quia l. 49. dicit, Certo iure utimur. Itaque secundum illud decretum, quod usu receptum est, hæc quaestio decidenda est. Id etiam decretum confirmavit Alexander Imp. in l. penul. C. Quan. di. leg. In d. §. Fabius, refertur Antonini Caracallæ decretum. Ergo non habetur annus inceptus pro completo. Cuiac. ad l. 5. de qui test. fa. pos.

Notandum præterea est, legatum ita relictum, Cum erit annorum XIV. esse conditionale, ideoque si legatarius interim moriatur, nihil transmittit ad heredem. tex. est rotundus in d. l. si cui. §. hoc autem, & l. si Titio. de Quan. di. leg. ced.

Quibus valde obstat d. l. penul. C. Quan. di. leg. quæ aperte ait, illud legatum non esse conditionale, sed in diem, & ideo moriente legatario ante diem, transfertur in heredem. Resp. In §. hoc autem, & d. l. si Titio, ita fuit legatum, Cum erit annorum XIV. do lego, hoc legatum est conditionale. At in d. l. penul.

mul. purè testator legavit initio, his verbis. Do filia decem, verùm separata oratione postea adiecit, quæ accipere debebit, cum erit annorum XXV. His verbis legato iam ante purè relicto, non adijcitur conditio, sed dies tantum. Igitur si in illa specie filia moriatur, antequam pervenerit ad annum XXV. heres illius ista decem petet, non quidem statim, sed eo tempore, quo si viveret filia, legitimæ ætatis foret. Quod etiam confirmat l. Firmio 26. §. 1. de Quan. di. leg. ced. Ergo in illa specie legatum transmittitur ad heredem, & purum manet. Et hæc fuit sententia Iohannis in d. l. penul. quæ comprobatur à Bartolo in d. l. si cui, ubi breviter & nervosè hæc leges ita conciliat, quod in d. l. penul. tempus certæ ætatis post perfectum legatum adijcitur præstationi legati. At in d. l. si cui. §. hoc autem, adijcitur substantiæ legati, ideoque hoc casu posteriori facit legatum conditionale, non verò priori.

## ASSERTIO LVIII.

*Nemo potest cavere, ne leges in suo testamento locum habeant.*

**P**RÆCLARA & insignis est hæc decisio, qua traditur, quod nemo potest in testamento suo disponere, ut leges in suo testamento locum non habeant: l. nemo potest 55. de leg. 1. Concordat l. 5. §. Iulianus. de adm. tuto. & l. testandi. C. de testa. ubi dicitur, quod testator non potest formam iurisdictionis in testamento mutare, aut iuri publico derogare. Ratio est, quia privati hominis voluntatem plus virium, quam leges habere non oportet.

Exemplum est in lege Falcidia. Nemo potest cavere, ne lex Falcidia in suo testamento locum habeat. l. quod bonis 15. §. 1. l. Scius 27. de ad l. Falc. Verùm Iustinianus hoc immutavit in No. 1. §. si verò expressim: ex ea prohiberi potest Falcidia. Quod & ad quartam Trebellianicam rectè producit, ut & illa iure novo à testatore prohiberi possit, quia & ad exemplum Falcidiæ introducta est. §. sed quia heredes. Inst. de fideicom.



hered. Deinde eadem ratio est, nam non est periculum, ne heres sine lucro adeat, nam cogi potest adire etiam inuitus iure antiquo. Duare. ad d.l. 55.

Similiter testator non potest in testamento derogare iuri publico, aut solennitatibus, nec auferre alicui ius ex statuto debitum, ut puta legitimam liberis, dotalitium, aut quotam hereditariam uxori statutis municipalibus aut legibus assignatam. Auth. præterea. C. Unde vir & vx. nisi quota hereditaria debeatur ab intestato, tunc enim testamento auferri potest. Causa enim intestati cessat, neque admittitur condito testamento. Quartam tamen ex d. Auth. præterea, debitam, ne quidem iure civili coniugibus testamento auferri posse, communiter à DD. receptum est. Wesem. ad tit. Qui test. fa. pos. & ad tit. Unde vir & vx. in paratit.

Obijcitur, quod edicto Prætoris siue iure publico introductum est, ut de legatis sub conditione vel in diem relictis, heres cogatur satisficere de legatis illis existente conditione vel die soluendis. l. 1. & toto tit. ¶. Ut lega. no. cau. Atqui ea cautio potest à testatore remitti, valetque præceptum, quo testator cauet, ne heres eam præstare teneatur. l. cum tale 72. §. 1. l. auia 77. §. ult. ¶. de cond. & dem. l. 2. & pen. C. Ut in poss. lega. Resp. Ante constitutionem D. Marci ea cautio non potuit testamento remitti, sed post rescriptum eius Imp. hæc cautio legatorum testamento remitti potest, d. l. 2. l. pactum 46. ¶. de pact.

Pertinet etiam ad hanc regulam hoc exemplum, quod usufructuarius tenetur cauere, se usurum fructurum boni viri arbitrio, & cum usufructus finitus fuerit, se restitutum, quod inde extabit. l. 1. Usufr. quem cau. Hæc cautio testamento non potest remitti. l. 1. & 4. C. de usuf. l. pen. C. Ut in poss. lega.

Sed obijcitur, quod dictum est in præcedenti exemplo, cautionem legatorum posse in testamento heredi remitti; cur ergo & cautio fructuaria non potest testamento remitti? Resp. Hoc specialiter receptum est in usufructu, ne detur occasio fructuario delinquendi & abutendi re fructuaria: facilius & frequentius abutuntur fructuarij, qui cogitant se breui usum fructum amissuros, quam heredes qui sperant se proprietate potituros.

Vbi

Vbi autem maius periculum imminet, ibi magis & diligentius cauendum est. l. 1. ¶. de Carb. edi. Duare. ad d. l. 55.

Vltimò quaeritur, an testator possit testamento remittere confessionem inuentarij heredi? Et rectè distinguit Castren. in d. l. 55. quod pater testator possit remittere tutori, ne conficiat inuentarium de bonis filiorum. textus est expressus in l. ult. C. Arbit. tute. Sed heredi non potest remittere, ne conficiat inuentarium in præiudicium creditorum hereditarium, quominus ab eis etiam ultra vires hereditatis conueniatur: quia factio debitoris non potest conditio creditorum fieri deterior. l. debitorum. C. de pact. Sed si nulli sunt creditores, potest in præiudicium legatariorum remittere heredi confessionem inuentarij, quia potuit ab initio eis non legare, ergo & limitare potest legatū. arg. l. videamus. §. pen. & l. sequ. ¶. de in lit. iur.

Pertinet ad hanc decisionem elegans exemplū in l. I. ucius 88. §. ult. de leg. 2. vbi talis proponitur scriptura. L. Titius hoc meum testamentum scripsi sine vilo iurisperito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam & miseram diligentiam. Et si minus aliquid legitime, minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet sani hominis voluntas. Hic cauit testator, ne leges in suo testamento locum habeant. Sed ea scriptura habetur pro codicillis, non pro testamento: legitimi itaque heredes succedent, non scripti.

#### ASSERTIO LIX.

*Ille agit ex legato, cuius potissimum interest, licet verba legati non sint ad illum directa.*

**A**CTIO ex testamento datur illis, quorum interest, licet verba legati dispositiua ad eos non dirigantur. Ita deciditur in l. seruo 69. §. si testator. de leg. 1. vbi hoc enunciatum duobus exemplis comprobatur. Primum est. Testator iussit, ut duo ex heredibus soluant debitum Titio creditori suo: hoc casu non habebit Titius actionem ex testamento, quia nihil eius interest, cum nihil amplius sit in legato, quam in debito. Verum



Verum coheredes habent actionem ex testamento, ut creditori solvatur, quia eorum interest creditori solui. Secundum exemplum. Pater iussit filiae nomine genero dotem dari, gener non habebit hoc casu actionem ex testamento, licet testator iusserit ei dari, sed filia: quia eius maxime interest dotem marito dari, ut sit dotata. Itaque interdum alius agit ex testamento, quam is cui iussit testator dari, ille scilicet, cuius potissimum contemplatione legatum relictum est. l. fideicommissa xi. §. interdum. de leg. 3.

Opponitur l. 5. C. de iu. dot. vbi cum pater pro filia dotem promississet genero, mortuo patre, maritus agit contra heredes soceri, non filia. Respondet Accurs. in d. §. si testator, quod illa lex loquatur de actione ex stipulatu, quae datur ei, cui promissio dotis facta est, sed haec assertio loquitur de actione ex testamento, quae conceditur ei, cuius nomine legatum est.

Secundo obijcitur l. tali 48. §. vlt. de iu. dot. & l. Titio 71. §. Titio genero. de cond. & dem. vbi traditur, etiam genero dari actionem ex testamento, si testator iussit testamento genero dotem dari ab herede. Distinguendum. Aut pater legauit dotem, quam iam debuit genero, & tunc gener non habet actionem ex testamento, quia inutile est legatum, cum legatum sit, quod iam debebatur. Verum filia habet actionem ex testamento, quoniam eius interest, gener autem agat ex stipulatu. Sed necesse est, ut inter se conueniant maritus & vxor: ut vna actione sint contenti, ut vel ipse maritus agat ex stipulatu, vel filia ex testamento, nam bis dos non soluitur. l. huiusmodi 84. §. cum pater. de legat. 1. Aut pater legauit dotem genero, quam non debuit, & tunc legatum consistit in vtriusque persona, mariti & vxoris.

ASSERTIO

## ASSERTIO LX.

*Legatarius qui rem sibi legatam alienari patitur, adhuc potest petere rei sibi legata pretium.*

**Q**VAESTIO talis proponitur. Heredes fundum Titio legatum, æris alieni hereditarij exoluendi causa vendiderunt extraneo, vel vni ex heredibus: & quidem ipso Titio praesente, & teste venditionis, & instrumentum venditionis sigillo vel annulo suo obsignante. Quæritur an Titius legati persecutionem ideò amiserit, quod venditioni fundi sibi legati quasi testis adfuit, & quod eam venditionem signauit. Deciditur, quod non amiserit, & quod quidem non ipsum fundum, sed pretium eius persequi possit. textus est expressus, & valde notandus in l. si fundum 92. de leg. 1. Ex qua l. obseruandum, quod legatarius qui venditioni fundi interfuit, & qui eam signauit, non amittit petitionem legati, nam pretium fundi petere potest.

Opponitur l. nihil 120. §. 1. de lega. 1. vbi dicitur, si fideicommissarius venditioni rei sibi per fideicommissum relictæ consentit, quod nullam habet fideicommissi petitionem. Idem dicitur in l. Lucius. §. insulam. de leg. 2. vbi dicitur, quod fideicommissarius, qui consentit in venditione rei sibi legatæ, nullam neque rei, neque pretij persecutionem habeat. Resp. Illæ leges loquuntur de legatario, qui palam & disertè consentit venditioni: talis expressus consensus alienationi præstitus, habet vim repudiationis legati. Sed in d. l. si fundum, legatarius tanquam testis vel signator interfuit venditioni, hic palam non consentit venditioni. Ideoque sola præsentia & signatione non amittit fideicommissum. l. Gaius 39. de pig. act. l. Titia 34. §. Lucia. de leg. 2. l. si pater. C. de fideiuf. Ex quibus legibus colligitur hæc decisio, quod qui aliquem actum tanquam testis subsignat, vel subscribit, non præiudicat iuri suo. Notat Bart. in d. l. si fundum. & d. §. Lucia.

Secundo opponitur l. fideiussor 26. §. pater. de pigno. vbi

Zz

filius



filius qui scripsit instrumentum, in quo pater domum filij oppignorauerat, hac scriptura obligationi rei suæ consentire censetur, ideoque testis scriptura vel subsignatio inducit consensum. Resp. sub distinctione. Aut aliquis scribit principale instrumentum obligationis, in quo res scribentis propria obligatur, & hic censetur obligationi pignoris consentire. Aut tanquam testis subscribit & subsignat actum, & tunc rei propriæ obligationi & alienationi non censetur consentire per subscriptionem. Costal. ad d.l. Gaius.

## ASSERTIO LXI.

*Testator si prohibuit in testamento rem alienari extra familiam, non valet alienatio, sed proximi ex familia rem alienatam vendicare possunt.*

**H**ANC assertionem euidenter comprobant l. filiusfam. 114. §. Diui. de lega. 1. & l. peto 69. §. fratre. de leg. 2. cum alijs plurimis legibus concordantibus. Quod si res prohibita alienari sit contra voluntatem testatoris alienata, competit proximiori agnato fideicommissi persecutio. d. l. peto. §. fratre. Porro qui prohibetur alienare, prohibetur vendere, donare, permutare, in extraneum heredem transferre. d. l. peto. §. fratre, nisi quoad viuat, prohibitus sit alienare, eo enim casu poterit in re prohibita alienari extraneum heredem instituere. l. pater 39. §. fundum. de lega. 3.

Sed obstat l. cum pater 77. §. cum inter. de leg. 2. vbi cum legasset testator fundum libertis, & cauisset ne extra familiam libertorum eum alienarent, filius tamen libertæ, qui non est ex familia libertorum, heres institutus ad partem fideicommissi admittitur. Resp. Non potest quis in re prohibita alienari instituere heredem extraneum, sed tamen potest eadem res prohibita alienari peruenire ad heredem extraneum iure successionis ab intestato. Itaque licet in prædicto casu filius libertæ non sit de familia, cum foeminarum liberi non sint in earundem familia. l. familiae 196. de V.S. tamen ab intestato fundus ad eum transfertur. Itaque quando quis prohibitus alienari rem extra fami-

familiam, decedit, hic si ad eum qui non est ex familia, rem ab intestato transferat, non censetur alienare. Ita tradunt Castren. Bart. ad d. §. cum inter. Idem confirmat Bart. in l. si ita quis 135. §. ea lege. num. 7. de V.O.

## ASSERTIO LXII.

*Incertis personis legari non potest.*

**H**ÆC assertio proponitur in §. legari, Inst. de legat. Ratio est, quia certum debet esse testatoris consilium & iudicium: atqui quod incertis personis relinquitur, non certo iudicio tribuitur, sed temerè & imprudenter effunditur. Incerta autem persona est, de qua rogatus testator nihil certi potest respondere. Vt puta si testator ei legauit, qui prior ascendit Capitolium; inutile est legatum, quia incertæ personæ est relictum. Quod tamen Iustinia. aliqua ratione temperauit, primò vt valeat legatum incertæ personæ relictum, quæ ex futuro euentu declarari potest. d. §. legari. & ibi Sneideri. l. quidam relegatus. & de reb. dub. Secundò legatur incertis personis vtiliter ad pias causas. Legatum enim ecclesijs, pauperibus, item ad captiuorum redemptionem relictum, indistinctè tenet. l. id quod 24. l. si quis ad declinandam 39. C. de epis. & cler. Ratio est, quia quando testator indefinite ecclesijs vel pauperibus legat, non de certis personis cogitat, sed tantum hoc vult, vt pauperibus distribuatur elemosynæ, imò vt sint incertæ personæ, certa tamen sunt exercendæ pietatis subiecta. Extra hos casus legatum incertæ personæ relictum inutile est, vt puta si testator Titio legatum reliquerit, & duo sint eiusdem nominis Titij, amici testatoris, nulli debetur legatum. l. duo sunt. & de test. tute. l. 3. §. si duobus. & de adi. lega.

Obijciunt l. si quis 9. §. si inter. de leg. 2. vbi dicitur, quod heres ei debet præstare legatum, quem elegerit, quoties vni ex duobus eiusdem nominis legatum est, & dubitatur, de quo testator senserit. Resp. Illud accipiendum est, vbi heres legatum vltro & sponte soluere paratus est, hic potest ei dare quem ele-



git, sed tamen ad id præstandum inuitus compelli non potest. Fab. ad l. semper in dubijs 36. de R. I. Proinde d. §. si inter, ita intelligendus est, quòd scilicet legata incertæ personæ relicta non valeant, neque ad ea præstanda heres compelli possit; nisi vtrò ad ea se præstanda offerat. Bart. ad d. §. si inter.

Secundò obijcitur l. si fuerit 10. §. de reb. dub. vbi dicitur, quòd si legatum sit relictum duobus eiusdem nominis, puta Sempronij, & deinde Sempronio ademtum sit singulari nomine, quòd in vtriusque persona ademptio valeat. Hic ademptio valet, cum tamen incertum sit, cui testator ademtum voluit. Resp. Ista lex non pugnat cum assertione nostra, imò optimè cum ea congruit. Nam sicut legatum incertis personis relictum non valet, ideò quia de certa mente & voluntate testatoris non apparet, ita etiam cum incertum sit, cui ex duobus eiusdem nominis adimere voluerit, non valet in vno ademptio, sed in vtroque. Contrariorum enim eadem est doctrina. Sicut ergo legatum vni ex duobus Titijs relictum non valet, cum incertum sit, de quo testator senserit, ita è contra cum duobus Titijs legatum relictum esset, & postea vni Titio ademtum sit, nec constat, cui testator adimere voluerit, non valet ademptio in persona vnius Titij, de quo fortè non cogitauit testator, sed in vtriusque persona ademptio facta censetur.

Porro illud sciendum, quòd quando quis legat vnam rem ex duabus, nec apparet, de qua testator senserit, legatum non euanescit, sed debet heres eam dare quam elegit. l. si quis 32. §. 1. l. cum seruus 39. §. scio. de leg. 1. Vtputa testator legauit fundum Cornelianum, cum duos fundos haberet eiusdem nominis, heres cogitur vnum dare, vtrum elegerit, id est, minorem. d. §. scio. Ratio autem diuersitatis cur incerta res legata ex æquitate sustineatur, incertis verò personis legatum relictum corruat, hæc est, quia cum res incerta est quoad mentem testatoris, vtputa vna re ex pluribus eiusdem nominis legata, tunc quamcunque eligat heres, iam dicitur saltem in genere satisfecisse voluntati testatoris, quia certum est testatorem voluisse commodare legatario, dando vnam ex istis. At in personis legatariorum

riorum longè diuersum est, quia si plures sunt Sempronij, voluntas testatoris adeò præcisè dirigitur ad vnum Sempronium, vt alter omninò excludatur.

## ASSERTIO LXIII.

*Ad legatum consequendum competunt legatario tres actiones, actio personalis ex testamento, rei vindicatio, & hypothecaria.*

**E**FFECTVS hic est legatorum, vt tres legatario ad consequendum legatum competant actiones; actio scilicet personalis ex testamento, rei vindicatio, & hypothecaria: adhibita tamen hac distinctione, vt si res propriæ testatoris sint legata, prædictæ actiones locum habeant. Si verò res aliena legata sit, legatario actio personalis ex testamento, & hypothecaria tantum detur, non verò rei vindicatio. tex. est formalis & expressus in l. 1. & ibi Glos. C. Commun. de lega.

Sed obijcitur, quòd actio personalis & rei vindicatio simul non possint competere, quia nemo potest simul contrarias actiones in iudicio proponere. l. 1. C. de furt. At verò inter personalem & realem actionem subest quædam repugnantia, cum in personali actione actor petat sibi dari, in reali verò asserat rem suam esse, quæ amplius ei dari nequit. §. sic itaque. Inst. de act. Resp. Non concluditur hoc casu in personali actione ad dandum & ad transferendum dominium, sed tantum ad tradendum, seu ad translationem possessionis, possessio autem personali actione condici potest. l. indebiti 15. §. 1. §. de cond. inde. Gl. singularis & vnica in §. nostra. Inst. de legat.



## ASSERTIO LXIV.

*Qui legat certam fructuum quantitatem, si non nascatur tantum quantum legauit, heres ad præstationem totius tenetur.*

**S**i testator legat certam quantitatem fructuum ex fundo, si non nascantur tot fructus, quot legauit, heres nihilominus ad totius quantitatis præstationem tenetur. Ita decisum extat in l. Lucius 12.  $\pi$  de ali. lega. l. Paula 27.  $\S$ . ult. de leg. 3. l. Firmio 26.  $\pi$  Quan. di. leg. ced. l. quidam testamento 96. de leg. 1.

Sed repugnat l. si debitori 39.  $\S$ . 1.  $\pi$  de con. emp. & l. cum certus.  $\pi$  de rit. vin. ol. leg. Vbi dicitur, si testator legauit alicui certos frumenti modios, vel certum numerum amphorarum olei vel vini ex certo fundo, & minus natum esset, tantum id deberi, quod legatum est. Hæ leges prima facie pugnantes ita conciliandæ sunt. Aut certi fructus ex fundo simpliciter & sine conditione legantur, ita vt fundus solum ponatur ad designationem seu demonstrationem, hoc modo: Lego decem modios frumenti ex hoc fundo, & tunc supplebitur aliunde, si tantum non nascatur. d. l. Firmio d. l. Lucius. Aut fructus ex fundo legari sunt sub conditione, ita vt fundus sit adiectus limitationis & taxationis causa, hoc modo: Lego x. modios frumenti, ex eo quod ex tali fundo nascetur, aut natum erit: & tunc si vnica præstatio tantum fuit in legato, quasi defecta conditione liberatur heres, nec tenetur aliunde supplere. Vnde si quinque modij frumenti tantum nascantur, hi tantum debebuntur. d. l. cum certus. & d. l. si debitori.  $\S$ . 1. Si vero plures præstationes sunt faciendæ, vt si annua vel mensura vini vasa sunt legata, & tunc siue nihil, siue tantum non nascatur vno anno, quantum relictum est, supplendum est ex aliorum sequentium annorum fructibus. tex. notabilis in l. legatum 17.  $\S$ . vini.  $\pi$  de an. lega. Regulariter namque illa verba, quod natum erit, in contractibus & testamentis posita, vicem habent taxationis, & efficiunt, vt mi-

vt minus quam dictum est, debeatur. Cuiac. lib. Obs. 2. c. 12. Ferr. in for. libel. qua agitur ad præstat. ficti.

## ASSERTIO LXV.

*Inter verbis tantum coniunctos locus est iuri accrescendi, & re tantum coniunctis præferuntur.*

**Q**UOD inter eos, qui verbis tantum coniuncti sunt, locus sit iuri accrescendi, euidenter probatur ex l. vnica.  $\S$ . in his itaque. C. de cadu. toll. vbi dicitur, si quid pluribus coniunctim legatur, vel plures coniunctim sunt heredes instituti, & vnus ex coniunctis deficiat, quod pars eius coniuncto heredi vel legatario accrescat. Atqui dicuntur coniuncti, non solum qui re & verbis iunguntur, veluti si testator dicat hoc modo, Scio & Titio fundum Tusculanum lego, sed etiam qui verbis tantum coniuncti sunt, quibus scilicet coniuncta oratione eiusdem rei partes legantur, vt quando testator ita dicit, Titio & Mauiio fundum æquis partibus lego. l. Triplici 142.  $\pi$  de V. S.

Porro hi qui verbis tantum coniuncti sunt, re tantum coniunctis præferuntur. l. re coniuncti 87. in fi. de leg. 3. d.  $\S$ . in his itaque, vbi elegantem rationem subiungit Imp. quod coniuncti verbis tantum, idcirco re coniunctis sunt potiores, quia propter vnitatem sermonis quasi in vnum corpus redacti censentur. Semper itaque hoc verum est, quod omnes coniuncti siue re & verbis, siue verbis tantum, in permissione præferantur re tantum coniunctis, qui & separati dicuntur. d. l. re coniuncti. l. heredes sine 63.  $\pi$  de hered. inst. Baro ad  $\S$ . si eadem. Inst. de legat.

Huic tamen assertioni quatuor iuris loca grauiter aduersantur. Primò refragatur l. si ita quis 66.  $\pi$  de here. inst. vbi testator heredes scripsit hoc modo: Titius heres esto. Caius & Mauius ex æquis partibus heredes sunt: ibi deciditur si Mauij portio deficiat, quod illa pars non solum Caij, qui verbis ei coniunctus erat, sed & Titio, qui re tantum coniunctus erat, accrescat. Resp. Regulariter pars vnus ex verbis coniunctis accrescit verbis.



verbis coniuncto, excluditurque re coniunctus. d. l. vnica. §. hæc ita. Verum aliquando re coniunctus cum verbis coniuncto æqualiter succedit, vtpote cum apparet re coniunctum cæteris prædilectum esse, vt in prædicto exemplo. Cum enim testator hic primò Titium ex asse instituerit, quàm Caium & Mæuium verbis coniunctos nominauit, censetur singulos voluisse separatim instituere, atque vt celerius scriberet, duos postremos coniunxisse. Vnde deficientis coheredis portio omnibus pro hereditaria parte accrescet. Alcia. lib. 7. Parer. cap. 9. & ad d. l. Triplici.

Secundò repugnat l. Mæuius 41. de leg. 2. vbi testator ita scripsit: Mæuius fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego, eundem fundum Titio lego: deciditur ibi, quòd deficientis Seio, qui verbis coniunctus censetur cum Mæuius, portio eius non tantum Mæuius, sed & Titio re coniuncto accrescat. Resp. Hic pars Seij deficientis ideò omnibus accrescit, quòd testator in hac formula legati ambiguum reliquerit, vtrumne eandem dimidiam, an verò aliam legauerit Seio: itaque omnes tres re coniuncti censentur, ac verisimile est duos semisses factos, & Mæuium cum Seio in eundem semissem coactum. d. l. triplici. in fine. Baro ad d. §. si eadem.

Tertiò obstat l. pen. de Vsufr. accr. vbi apertè dicitur, si æquis partibus duobus eiusdem rei vsusfructus legatus est, cessare inter eos ius accrescendi. Resp. Ideò inter eos licet verbis sunt coniuncti, cessat ius accrescendi, quia à diuersis heredibus percipiunt vsusfructum. Sic enim testator in testamento scriptum reliquit: Lego Titio ab herede Sempronio, & ab herede Cornelio lego Mæuius vsusfructum fundi, æquis portionibus: hoc casu quando à pluribus diuersis heredibus relinquuntur partes vsusfructus, cessat ius accrescendi, quia non habentur hi fructuarij pro coniunctis.

Quartò obijcitur l. 1. §. 1. de tit. vbi dicitur, si separatim sit vnicuique partis rei relictus vsusfructus, cessare ius accrescendi. Resp. Acc. quòd ideò cessat inter eos ius accrescendi, quia ea verba ita sunt accipienda, ac si dictum esset, Huic dimidiam, illi alteram dimidiam vsusfructus lego, ita vt diuersæ planè res illis sint

fint

sint relictæ. Atqui inter coniunctos, quibus res planè diuersæ sunt relictæ, cessat ius accrescendi tam in proprietate, quàm in vsufructu: l. huiusmodi 84. §. quibus. de leg. 1. vbi dicitur, si testator ita legauit, Titio & Mæuius singulos seruos lego, vel, Titio seruum lego, Mæuius alterum seruum lego; non concurrunt eos in eundem seruum.

## ASSERTIO LXVI.

*Impossibilis conditio vitiat contractus: testamentis verò adiecta pro nulla habetur, salua manente institutione vel legato.*

**R**ATIO diuersitatis inter contractus & vltimas voluntates est, quòd ideò impossibilis conditio adiecta vitiet contractus, quia imputandum est stipulanti seu contractanti, qui hoc modo stipulatus est. Præterea cum contrahentes adijciunt contractui conditionem, quam vterque scit impossibilem, apertè ludificari, non verò quicquam agere voluisse censentur. l. non solum. de obl. & act. In testamentis verò conditio impossibilis adiecta ideò pro nulla habetur, salua manente dispositione, quòd heredi scripto vel legatario id non potest imputari, cum ij testamentum non faciant, iisque ignorantibus conditiones impossibiles adijciantur. §. si impossibilis. Inst. de inut. stip. §. impossibilis. Inst. de hered. inst. l. 1. de cond. inst. l. 3. de cond. & demon.

Aduersatur huic doctrinæ §. vlt. Inst. de lega. vbi legatum relictum ab herede, sub ea conditione, nisi turpe aut impossibile factum aliquod admittat, inutile & pro nullo habetur. Resp. Hæc longè inter se differunt. Legatum simpliciter relictum sub conditione impossibili, valet reiecta conditione: sed cum in pœnam heredis legatur, nisi turpe aut impossibile aliquid præstet, tale legatum heres soluere non tenetur, ne ideò puniatur, quia non fecit quod facere non potuit, vel non debuit. Vigl. ad d. §. impossibilis.

Secundò obijcitur l. si Titius 16. de cond. inst. vbi conditio perplexa, quæ ita in se reuoluitur, vt exitum non reperiat,



pro impossibili habetur; quæ tamen conditio vitiat institutionem heredis. Resp. Ea impossibilitas quæ non est in sola conditione, sed in principali dispositione ad conditionem relata, vitiat quoque testamenta. Baro ad §. Si impossibilis. Inst. de inut. stip.

Tertio obstat l. cum heres 4. §. i. j. de statu lib. libertas ita relicta est, liber esto, si millies dederis, id est, millies centena millia nummorum, ut interpretatur Anto. August. lib. 2. Emenda. c. 6. Hæc conditio penè impossibilis est, & ideo inutilis est libertatis datio. Resp. Ea conditio propriè non est impossibilis. Impossibilis est, cui rerum natura obstat, ut puta, Si mare ebiberis, si digito cœlum tetigeris. Illa conditio propriè dicitur esse in difficili, ei rerum natura non obstat, sed habendi difficultas quædam, ideoque ea conditio suspendit libertatem. l. continuus. §. illud. de V. O. Conditio impossibilis nihil suspendit, pro non scripta habetur.

Quarto obijcitur l. 6. ꝛ de cond. inst. vbi dicitur, si quis institutus sit sub conditione, si intra triduum post mortem testatoris fecerit monumentum, cum impossibile sit intra triduum monumentum perfici, quod conditio evanescat quasi impossibilis. Resp. locus ille ita intelligendus est, non quod institutio hoc modo facta sit inutilis, sed quod tempus in conditione appositum pro nihilo habeatur, tantumque temporis concedetur à iudice, intra quod monumentum perfici poterit. Hoc enim in bonæ fidei contractibus & legatis obtinet, ut ob temporis angustiam non vitientur, sed tantum temporis iudicis arbitrio concedatur, intra quod actus perfici poterit. l. insulam 58. §. 1. ꝛ loca. Quod diuersimodè in contractibus stricti iuris obtinet, qui propter angustiam temporis vitiantur. l. 2. §. qui ita ꝛ de eo quod cer. lo. Meno. de arb. iud. lib. 2. cent. 5. quæst. 80.

Vltimò opponitur, quod impossibilis conditio innominatis contractibus adiecta eos non vitiat. Qui enim dat aliquid, ut fiat impossibile, siquidem sciens conditionem impossibilem dat, non habet conditionem: sin autem ignorans dat, conceditur repetitio dati. Probat hoc l. 6. C. de cond. ob cau. dat.

vbi

vbi dicitur, quod qui ignorans dedit filix liberæ manumittendæ causâ, repetat. Ergo si sciens det, condicere non potest. Idem euincitur ex l. 8. C. d. tit. vbi datum ob causam repeti traditur, si causa non sequatur, nisi conditio impossibilis sit adiecta. Sic in l. 5. C. eod. statuendum, ignoranter aliquid datum militi, ut negotia procuraret, quo casu datur conditio dati, cum miles non possit esse procurator alterius. l. militem. C. de procur. Ad hæc respondendum, quod in hoc proposito accipiatur conditio pro modo. Conditio impossibilis vitiat contractum, veluti, si cœlum ascenderis, si mare ebiberis, quia hæc obligatio nunquam existere aut incipere potuit. Quod autem sub modo datur, hoc statim effectum habet, etiamsi modus non possit sequi, id est, dominium ex obligatione modali statim transfertur, nec reuocatur propter modum non secutum, nisi ab ignorante datum sit. l. Mæuia 44. ꝛ de manu. testa. Conditio suspendit obligationem, modus non item. l. cum ab eo 41. ꝛ de cont. emp. Addit. ad Gl. in d. l. 8.

## ASSERTIO LXVII.

*Filius fideicommissio grauatus, unum tantum quadrantem detrudere potest iure civili.*

**C**ONFIRMATUR hæc sententia per l. iubemus. C. Ad S. C. Treb. vbi disertè statuitur, quod filij rogati restituere portionem suam hereditatis, retenta quarta ex S. C. Trebelliani dispositione, dodrantem restituant. Verùm cum iure Nouellarum aucta sit legitima liberorum, permissum est filijs de hereditate restituenda grauatis, portionem legitimam, hoc est, trientem vel semissem pro numero liberorum retinere. Ita expressè decidit Nouella 39. §. hæc meritò.

Secundum argumentum est ab intelligentia humani animi, & communi intellectu depromptum, nimirum, quia quadrantis appellatio, cum sit pars assis, concipi animo & intellectu nequit, nisi supersit & reliquus maneat ex assè dodrans. Cum igitur filius pro legitima vnum quadrantem detraxit, non potest

Aaa 2

præter-



præterea alterum Trebellianicæ nomine detrahere, vt integer maneat dodrans fideicommissario.

Tertium argumentum. Lex Falcidia constituit, vt omninò liberum sit dodrantem bonorum legatis erogare, & de eo disponere pro suo arbitrio. l. i. §. ad l. Falc. Eodem autem consilio & sine introducta est Trebellianica portio, quo Falcidia: ne libera testandi facultas vltra dodrantem minuatur. §. sed quia. Inst. de fideic. here.

Quartum. Vis, natura & proprietas quartarum hæc est, vt vnus deductio & perceptio impediatur & excludatur aliam, & altera in alteram imputetur. l. Papinianus. §. si quis inpubes. §. de inoff. test. vbi hoc tribus quartarum speciebus probatur.

Contra hanc thesî adfertur tale argumentum: quòd quarta legitima debetur iure naturæ, vt filio, altera illi debetur vt extraneo, seu vt instituto heredi, ex SC<sup>to</sup> Trebelliano. Quoties autem duplex auxilium ex diuersis causis alicui defertur, vtrunque locum habet. arg. l. qui non militabat. §. vlt. §. de here. inst. l. quoties §. 1. de R. I. l. tutorem. §. De his quib. vt indig. Resp. In legitimam computantur quæcunque capit filius iure hereditario ex bonis defuncti. Ergo & quarta Trebellianica, quæ capitur iure institutionis, computatur in legitimam portionem filio debitam. l. ex tribus. l. quoniam Nouella. C. de inoff. testa. Item in Trebellianicam computantur omnia, non solum quæ iure institutionis, sed etiam quæ vllò modo mortis causa capiuntur. l. in quartam. l. acceptis. §. Ad l. Falc.

Contraria autem sententia, quòd filius rogatus restituere hereditatem, possit detrahere legitimam, simulque quartam Trebellianicam, iure Canonico est prodita & expressa: eaque toto terrarum orbe in scholis & iudicijs est recepta, teste Guidone Papa quæst. 51. Vide Hoto. in ill. quæst. quæst. vlt. vbi communem Canonistarum sententiam ~~quædam~~ impugnat. Sic ergo statuendum est, quòd iure ciuili filius rogatus restituere hereditatem, duas quartas non detrahit. l. quanquam. C. Ad l. Falcid. l. coheredi. §. cum filia. §. de vulg. subst. sed iuris Canonici auctoritate retinet. c. Raynucius. ex. de testa. Itaque huius controuersie hæc decisio communiter à DD. est appro-

approbata, quòd si filius iussus est restituere hereditatem, vt tunc semis hereditatis illi adiudicetur pro vtraque quarta, detrahendo illi legitimæ nomine trientem, & quadrantem Trebellianicæ quartæ vice, ex besse restante. Ita in iudicijs quotidie obseruari, notat Claudius de Battandier, in tractatu de legitima. artic. 13. num. 68.

## ASSERTIO LXVIII.

*Liberi non tenentur simplicem donationem à parentibus sibi factam conferre.*

**D**IFFICILIS est & abstrusa quæstio, an simplex donatio à parentibus liberis facta, post mortem parentum sit conferenda, & æqualiter cum reliquis fratribus diuidenda. Et verior saniorque est sententia, quam etiam vsu fori hodie obtinere notat Wesem. in parat. §. de collat. quòd simplex donatio non conferatur: quæ comprobatur hisce firmissimis rationibus.

Primò si fiat hæc liberis suis, & in potestate patris constitutis, ideò non confertur, quia morte patris demum conualescit donatio. l. 25. C. de dona. int. vi. & vx. Quæ verò post mortem patris demum acquirunt liberi, ea non coguntur conferre. l. à patre 10. l. nec emancipati 15. C. de colla. Secundo quòd si emancipato filio fiat donatio, ideò non confertur, quia eo ipso quòd donatio valuit, efficaciter res est alienata, atque ita vt extraneus heres institutus non confert, ita nec filius emancipatus.

Sed in hac quæstione difficilis occurrit antinomia inter l. filia 18. C. Fami. ercif. & l. si donatione 13. C. de colla. Nam in l. filia, apertè deciditur, quòd filia donationem à patre sibi factam, non teneatur fratribus conferre. Contrarium in l. si donatione, asseritur, quòd filia fundum à patre sibi donatum, cum fororibus cæteris communicare & diuidere teneatur. Verior mihi videtur responsio Cuiuslib. Obs. 3. c. 30 & lib. 9. c. 17. tradita, quòd in specie l. filia, non fuit locus collationi, quia ex testamento successerunt liberi. Cùm enim expressè ibi di-



catur, si non contrarium patris iudicium probetur, filiam rem sibi donatam à patre debere præcipuam habere, apparet hoc procedere, quoties liberi ex testamento patri succedunt. l. i. C. de collat. At in specie d. l. si donatione, fuit collationi locus, quia ab intestato fuit successio delata. Verùm hodie ex No. 18. etiam ex testamento inter liberos locum habet collatio.

Secundò vehementer inter se pugnant l. vt liberis 17. in fi. C. de collat. cum l. penul. C. eo. nam in l. 17. statuitur, ea quæ parentes liberis in ipsa emancipatione donant, conferri. Contra in l. penul. statuitur, simplicem donationem factam à patre liberis, non venire in collationem. Hæc antinomia videtur ita concilianda, quòd in d. l. vt liberis, non agatur de simplici donatione, sed de donatione, quæ fit ob causam, puta quam parentes faciunt liberis tempore emancipationis, vt habeant quo se ipsos, liberos, uxorem, suamque familiam honestè alere & tueri possint. Donationes verò ob causam, quales sunt donatio propter nuptias, & dōs, in collationem veniunt. d. l. vt liberis. & l. filia. C. eo. Sed d. l. penult. agit de simplici pura & propria donatione facta à patre filijs, quæ non conferuntur. Adde quod in l. Vt liberis, Imp. Leo tradat ius vetus, cum dicat se hoc pro tenore præcedentium legum statuere. Verùm in l. penult. quæ est Iustiniani, statuitur ius nouum, quo derogatur antiquo.

Porro hæc decisio, quòd simplex donatio non conferatur inter liberos, cessat duobus casibus. Primò si esset inæqualitas, vtputa quia vnus liberorum accepisset dotem aut donationem propter nuptias, quam conferret, alius verò haberet simplicem donationem: tunc enim hinc inde fit collatio. Secundò si expressè dixit donator, vt fieret collatio. d. l. pen. l. si quando. §. & generaliter. C. de inoff. testa.

Dicitur autem donatio simplex, quando pater bona certa donat filiofam. inter viuos, quemadmodum talis donatio fit inter extraneos. Item quando pater emit fundos filij nomine, eique tradidit, censetur simplex donatio. l. filia. C. Fami. ercis. Quando autem pater donat filiofam. bona aliqua, vt ea haberet in peculio, vtputa cum dicit: Fili tene, do tibi istas res, & separ-

ratim

ratim administra à rationibus & bonis meis; tunc filius non habebit ea præcipua, sed venient in collationem. l. certum. C. Famil. ercis. l. filia licet. C. de collat. Petr. Iaco. in pract. libel. in integ. restit. in act. resciss. personali.

## ASSERTIO LXIX.

*Fratrum filij succedunt patruo in capita,  
non in stirpes.*

**G**RAVIS est & anceps inter DD. digladiatio, si fratrum filij soli inter se succedant patruo, an tunc hereditatis diuisio fiat in stirpes, an verò in capita. Gl. Bart. Cyn. & Angel. tradunt in stirpes eos succedere. Verùm Azo & Salyc. in Auth. cessante C. de legit. here. docent eos in capita succedere, hoc est, hereditatem patruum æqualiter inter se partiri, secundum numerum personarum. per l. 1. §. interdum. Si pars here. pet. & l. 2. §. hæc hereditas. de su. & legit. vbi expressis verbis iste casus deceditur. quos sequitur Zazius in singul. intellect. lib. 1. c. 7. & Hotom. in illust. quæst. quæst. 17. vbi affirmat, hanc sententiam Galliaë parliamentis esse approbatam. Idem testatur Guido Papa quæst. 143.

Hæc conclusio probatur hoc inuictò argumento. Hereditas inter eos qui pari gradu distant, pariter æqualiterque diuidenda est. d. §. hæc hæreditas. Cum ergo fratrum filij pari gradu à patruo distent, æqualiter quoque inter se hereditatem distribuent, hoc est, in capita, & secundum numerum personarum.

Verùm in contrarium adfertur §. si defunctus, No. 118. vbi deceditur, quòd fratres & fratrum filij in hereditate patruum succedant in stirpes. Resp. Tunc demum fratrum filij in stirpes succedunt, quando vnà cum suis patruis & auunculis ad hereditatem patruum sui vocantur. Eo nanque casu fratrum filij beneficio repræsentationis succedunt, cuius repræsentationis hic est effectus, vt successio in stirpes diuidatur. Hotom. d. loco. Repræsentationis enim iure venire, est in locum ac vicem patris sui intrare, ac eam partem accipere, quam pater, si vixisset, habiturus

rus



rus effet, quod est in stirpes succedere. Quod beneficium representationis competit solis fratrum filijs, quando vnà cum patris in successione concurrunt, non quando soli inter se succedunt patruo: quia tunc iure proprio, & ex sua persona, non alieno beneficio succedunt. Itaque si soli veniant, in capita diuident hereditatem. Particula enim *TVNC*, qua Imp. in d. No. 118. vers. sed & ipsis, vtitur, extremitatem temporis significat. l. 4. *de cond. & dem.* & præcisè restringit successione in stirpes ad eum casum, quo fratrum filij cum patris concurrunt, non cum inter se soli succedunt.

Secundò adfertur hoc argumentum. Fratrum filij excludunt patrum defuncti, qui similiter in tertio gradu est. d. §. si defunctus. vers. illud palam est. Hoc non fit alia ratione, quàm quia repræsentant patrem suum, qui si viueret, patrum defuncti excluderet, quia vno gradu ipsum præcedit. Ideoque filij fratrum ibi in stirpes necessariò succedunt. Resp. Hoc fit ideò, quia naturaliter successio ab intestatò magis ad descendentes quàm ad ascendentes deuoluitur, cum votum hominum sit, vt posteris suis seu descendentibus potius, quàm maioribus, vel ijs qui parentum loco sunt, bona sua relinquunt. l. nam & si 15. *de inoff. testa.*

Tertiò Sonsbechius ex d. §. vnde consequens est. No. 118. tale argumentum adducit: Ibi statuitur, quòd si defunctus reliquit fratrem ex vno latere iunctum, & fratris ex utroque latere coniuncti filios, quod hi fratris filij excludant in successione patrum ex vno latere coniunctum. Quod fieri non posset, nisi illi fratrum filij patrem suum repræsentarent: cum enim frater ex vno latere coniunctus præcedat eos vno gradu, non possunt fratrum filij eum à successione excludere, nisi iure representationis succedant in locum patris. Itaque cum veniant iure representationis, debent in stirpes, non in capita succedere, alioqui patrem non repræsentarent. Resp. Ideò ibi fratrum filij in stirpes succedunt, quia veniunt ad exclusionem patris superstitis ex vno latere iuncti, neque inter se soli de successione contendunt. Præterea idcirco ibi fratrum filij iure representationis succedunt in stirpes, quia ex duplici latere seu vinculo cognationis

tionis attingunt patrum defunctum, frater verò superstes ex vno tantum latere illi iunctus est cognatione: atqui duo vincula magis ligant quàm vnum.

Quartò opponit Sonsbechius §. cæterum si neque fratres, d. No. 118. vbi asseritur, quòd post fratres & fratrum filios reliqui cognati vocabuntur ad successione in capita, & non in stirpes. Ergo si sint fratrum filij, succedent in stirpes, cum successione in capita admittat Imp. solum post fratres & fratrum filios. Resp. Sonsbechius non bona fide recitat textum, nam inseritur in d. §. cæterum, hæc clausula, Si non extent fratres & fratrum filij, sicut diximus, tunc hereditas diuidetur in capita. At verò Imp. solum antè constituit, quid iuris esset in successione patrum, quando vocantur cum proprijs patris vel auunculis ad hereditatem patris, non vbi inter se soli succedunt. Et hæc sententia, quòd patruus cum inter se soli sunt, succedant patruo in capita, & non in stirpes, post varios conflictus DD. crebrius obtinuit, & in Germania seruetur constitutione Caroli V. Imp. Anno 29. in Comitijs Spirensibus approbata: teste Minf. cent 3. Obs. 94. Vide Fachin. lib. 6. controuer. c. 3.

## ASSERTIO LXX.

*Donator non tenetur de euictione, nisi ad eam se nominatim obligauerit.*

**G**ENERALIS & certa iuris regula est, quæ recitatur à Paulo libro 5. senten. tit. 11. quòd lucrativæ rei possessores ab euictionis actione depelluntur: Cum ergo donatio sit titulus lucrativus, sequitur, quòd donator euictionis nomine non teneatur, sed tradendo liberetur, ne liberalitatis suæ merito in damnum incidat, nisi illius rei periculum nominatim in se receperit. l. Aristo. 18. §. vlt. *de dona. l. 2. C. de euct. l. Iulianus 131. §. vlt. de V. O. Faber ad §. alia. Inst. de dona. Additur & alia exceptio, nisi sciens & dolo malo rem alienam donauerit: tunc enim conueniri potest de dolo. d. l. Aristo. §. vlt. l. ad res donatas. *de æd. edic.**



DD. communiter ita distinguunt. Aut donatio incipit à promissione, aut à traditione. Si à promissione, tenetur de eui-  
ctione donator: si à traditione, non tenetur, sed communis illa  
distinctio non subsistit. Cur enim qui promissit se donaturum,  
gravius duriusve deuincietur, quàm qui statim rem donauit.  
Zoaes in addit. ad Gomez. ad tit. de empt. & vend. Refutatur  
& hæc distinctio solidè per d.l. Iulianus. §. vlt. vbi à præcedenti  
conuentione incepit donatio: & tamen textus decidit, non agi  
illo casu de euictione, sed traditione protinus reum liberari.

Obijcitur l. 1. C. de iu. dot. vbi statuitur, quòd qui rem alie-  
nam in dotem dedit, si à traditione incepit, euictionem non  
præstat: Si autem à pactione & promissione incepit, tunc quia  
non corpus, sed id quod interest donatarij, spectatur, euictio  
præstat. Ergo quia donatio hodie nudo pacto & promissione  
perficitur, tenetur donator de euictione. Resp. Alia est causa  
donationis, alia dotis: nam dos non liberalitatis causa datur, si-  
cut donatio, sed propter onera matrimonij. l. dotem 16. §. de  
castr. pecu. & dos non est causa lucratiua ex parte eius, qui do-  
tem accipit, sed onerosa. l. ex promissione 19. §. de obl. & act.  
Itaque non est mirum quòd promissor dotis teneatur præstare,  
vt ea marito frui liceat. At iniquum est donatorem ex sua libe-  
ralitate damnum facere. l. 50. §. de re iud.

Secundò obijcitur. Qui ad dandum tenetur, cogitur rem  
facere accipientis: l. vbi autem 75. §. vlt. de V.O. Sed donator  
tenetur ad dandum. Ergo & tenetur transferre dominium: l.  
Senatus. §. 1. §. de mor. cau. dona. & per consequens de eui-  
ctione tenetur. Resp. Imp. ait in l. si quis argentum §. sed si qui-  
dem. C. de dona. teneri donatorem res donatas tradere, & quòd  
dicitur donatorem ad dandum teneri, hoc de ijs rebus acci-  
piendum est, quas dare, id est, accipientis facere potest, hoc est,  
de rebus proprijs, non alienis.

ASSERTIO

## ASSERTIO LXXI.

*Donatio omnium bonorum, certæque illorum  
partis, valet.*

COMPROBATVR hæc assertio ex l. omnes. §. 1. §. Quæ in  
frau. cred. vbi donatio omnium bonorum inter viuos  
valida censetur, nisi in fraudem creditorum facta sit.  
Secundò hanc decisionem expressa constitutio Iustiniani com-  
probat, in l. si quis argentum. §. sed etsi. C. de dona. vbi dona-  
tio assis bonorum, vel certæ partis efficax est & valida, ita vt to-  
tam substantiam donator tradere teneatur.

Verùm obijcitur, quòd per hanc donationem aufertur dona-  
tori libera testamenti factio, quia qui vniuersa bona sua donat,  
nihil retinet, de quo testari possit. Deinde per pactum efficit ali-  
quem heredem, hereditas autem pactis non potest deferri. l. 4.  
C. de inut. stip. l. cum duobus 52. §. idem respondit. §. Pro soc.  
Resp. Donatori semper aliquid relinquitur, vnde se tueri & tes-  
tari possit, quia in generali obligatione & alienatione bonorum  
ea non continentur, quæ verisimile est specialiter quenquam  
alienaturum non fuisse: vt sunt vestes, supellex, iumenta, man-  
cipia & ministeria necessaria: de quibus moribundus donator  
disponere potest. l. obligatione. cum ll. seqq. §. de pigno. Se-  
cundò qui donat omnia sua bona, tantùm præsentia, non futura  
donare intelligitur: quia vocabulum sua vel mea denotat pro-  
prietatem, & ad præsens tempus restringitur. l. si ita. §. de au. &  
arg. leg. Quia verò quilibet homo natura præsumitur indu-  
strius ad acquirendum, & bona sua labore & cultura in futu-  
rum amplificare velle censetur, qui omnia sua bona donat, cum  
spem habeat futuræ acquisitionis, adhuc aliquid reseruat, de  
quo pro libito possit disponere & testari. l. si creditoris. §. de se-  
para. l. si defunctus. C. Arbit. tute. Concluditur itaque, dona-  
tionem omnium bonorum inter viuos, quoad præsentia valere,  
quoad futura verò nihil actum censerì. Hotom. in tract. de do-  
na. circa fin. Guid. Pap. conf. 114. Huic sententiæ subscribit

Bbb 2

Ferra.



Ferra. in for. lib. pro dona vbi notat vtile consilium esse donatori, vt in vniuersali donatione referuet sibi aliqua bona, de quibus possit testari. Præf. Ener. conf. 116. num 2. vbi concludit quod donatio omnium bonorum præsentium & futurorum non valeat: quia qui hoc modo donat, aufert sibi liberam testamenti factionem, cum in hereditate eius nihil inueniatur tempore mortis, & sic nullus eius hereditatem vellet adire. Auth. ingressi C. de SS. eccle. Inst. Adl. Falcid. in princ.

Secundo quod asseritur in hac conclusione, in generali donatione bonorum tantum contineri præsentia, non verò futura; contra id adfertur l. vlt. C. Quæ res pig. obl. vbi statuitur, quod obligatione seu oppignoratione bonorum simpliciter facta, continetur etiam bona futura, licet de ijs nihil expressè dictum sit. Ergo & in donatione omnium bonorum simpliciter facta, continebuntur quoque bona futura: quia vterque contractus tam pignus, quam donatio solo consensu perficitur. Resp. Diuersa est ratio inter donationem & oppignorationem bonorum: nam idèò futura bona non continentur in generali donatione bonorum, quia nimis magnam damnum & præiudicium ista interpretatio adferret donatori, quod non est in oppignoratione bonorum, cum per hoc non plus debeat debitor, licet pro securitate debiti bona sua futura pignori obstringantur creditori. Ita tradit Accur. in d.l. vlt.

ASSERTIO LXXII.

*A reis capitalium criminum donationes factæ non valent, si condemnatio secuta sit.*

**P**ROBATUR hæc sententia in l. post contractum 15. de dona. vbi euidenti textu comprobatur.

Obijcitur l. aufertur 46. §. in reatu de iu. fil. & l. Reo 41. de solu. vbi dicitur, quod ei qui in reatu constitutus est, bonorum suorum administratio non aufertur, eique reatè soluitur. Resp. Aliud est donare, aliud bona sua administrare. l. filiusfam. 7. de dona. Vnde ex eo, quod bona sua administrare

nistrare potest reus criminis capitalis, non sequitur, quod possit donare. Neque reus criminis liberam & plenam habet bonorum suorum administrationem. Quod inde colligitur, quod in d. l. Reo, & d. §. aufertur, tantum dicatur, debitores palam & bona fide ei soluere posse, vt scilicet habeat sumtus necessarios, vnde se aliat reus, non vt clam, aut in fraudem fisci, seu poenæ futuræ causâ bona sua donet vel dissipet. *vide Regim. l. fm. de sol. m. reat.*

Secundò obijcitur l. si aliquis 7. de mor. cau. dona. vbi dicitur, donationes factas inter viuos à reis capitalium criminum valere, si fiant sine suspitione poenæ; donationes verò causa mortis, secuto supplicio remoueri vt imperfectas. Resp. Illa differentiâ inter donationem causa mortis, & donationem inter viuos tantum ibi notatur, quod donationes causa mortis etiam ante crimen capitale factæ reuocantur, exemplo vltimarum voluntatum, quibus comparantur. Nam & testamentum ante admissum capitale delictum confectum, secuta sententia capitali ad nihilum redigitur. l. 6. §. irritum. de iniur. rup. irr. l. 8. Qui test. fa. pos. Donationes verò inter viuos, quæ post contractum crimen capitale factæ sunt, non valent, id est, reuocantur condemnatione secuta, ante verò crimen commissum factæ valent. Hodie quia ex constitutione Iustiniani bona damnatorum ob delictum non publicantur. Auth. bona. C. de bon. proscrip. idèò salua manet ijs contrahendi & donandi potestas. Wesem. in paratit. ad tit. de dona. in fi.

ASSERTIO LXXIII.

*Donatio inofficiosa pro modo legitima portionis rescinditur.*

**D**ONATIO inofficiosa, per quam liberorum legitima seditur, pro modo tantum legitime portionis rescinditur à liberis, per querelam inofficiosa donationis. Idque verum est, siue donatio immodica in liberos, siue in extraneos collata sit. l. 1. & 2. l. si totas 5. C. de inoff. dona. tex. rotundus in l. si liqueat 8. in verb. quod donatum est, pro ratione



quartæ diminuetur. C. eo. vbi malè hæc verba *pro ratione quartæ*, expungenda notat Faber lib. 3. coniect. c. 17.

Sed aduersatur vehementer l. si vnquam. C. de reuo. dona. vbi donatio immodica in extraneum collata, liberis postea susceptis, non ex parte, sed in totum reuocatur. Hæc antinomia tali distinctione conciliatur. Aut tempore immodicæ donationis pater nullos omnino habuit liberos; & tunc donatio in totum rescinditur. d. l. si vnquam. Aut pater habuit liberos; & tunc siue in liberos, siue in extraneos collata fuit donatio, reuocatur tantum pro modo legitimæ. d. l. si totas. Ratio diuersitatis est, quia cum pater liberos non habens, extraneis donat, non præsumitur habuisse animum donandi seu alienandi, liberis postea superuenientibus: non enim extraneos proprijs liberis præsumitur voluisse præferre. l. cum auus 102. §. de cond. & dem. l. generaliter. §. 1. C. de inst. & subst. Cum verò tempore donationis liberi extant, tunc apertè de animo & voluntate alienandi constat, cessatque in eo coniectura pietatis, quem factis apparet extraneos liberis voluisse anteferre. Itaque cum ista donatio rata sit & valida, eatenus tantum rescinditur, vt liberis legitima salua maneat. Hanc distinctionem tradit Hotomannus in disputatione de quarta legitima.

Secundò repugnat l. Titia Scio 87. §. Imperator. de leg. 2. Cuius facti species talis est. Auia habebat duos nepotes, vni ex his omnia sua bona donauit: rescribit Imp. nepotem alterum reuocare posse donationem pro dimidia parte. Ibi nepos reuocat semissem totius donationis, ergo non rescinditur donatio inofficiosa pro modo legitimæ liberis debitæ. Resp. Quod dicitur, donationem pro dimidia reuocari, non est intelligendum de dimidia totius donationis, sed de dimidia quartæ portionis, siue fescancia, quæ iure veteri erat legitima portio liberorum. Hanc interpretationem confirmat disertè l. si mater. C. de inoff. dona. Approbat Cuiac. lib. Obs. 5. c. 14. & lib. 20. c. 5.

## ASSERTIO

## ASSERTIO LXXIV.

*Donatio omnium bonorum reuocatur, si donator postea suscepit liberos, siue liberto, siue cuiusunque alij donauit.*

**C**ONTROVERTITVR an constitutio l. si vnquam. C. de reuoc. dona. locum habeat in omni donatore, hoc est, siue patronus liberto, siue cuius alius omnia sua bona extraneo donauit, an ea donatio reuocetur propter superuenientes liberos. Et verior est sententia, quòd ad omnes donatores extendatur, siue quis liberto donauerit omnia sua bona, siue extraneo. Idque euidenter suadet ratio legis, quæ nititur hac coniectura voluntatis, quòd verisimile, non sit patrem donaturum fuisse extraneo, si de liberis cogitasset, quòdque semper in successione proprios liberos extraneis præferre voluerit. l. cum auus. §. de cond. & dem. l. generaliter. §. cum autem. C. de inst. & subst. l. cum acutissimi. C. de fideico.

Sed obiicitur, quòd verba legis tantum de patrono loquantur, qui liberto donat, vnde de alijs donatoribus non est lex accipienda. Idque maximè propterea receptum est, quia specialis quædam ratio obtinet in liberto, vt bona donata non retineat, si patrono superueniant liberi, propter summum libertatis beneficium collatum, quo libertus obstrictus est ad antidora erga patronum. Nam etsi nihil in bonis haberet patronus, teneretur tamen libertus eum & eius liberos ex bonis suis alere. l. si quis à liberis. §. solent. & §. vtrum. §. de agnos. libe. Resp. Hæc quidem vera sunt in persona liberti, quòd facilius ab eo reuocanda sit donatio, quam ab alio: sed tamen principalis & præcipua ratio, qua nititur decisio d. l. si vnquam, consistit in coniectura paternæ pietatis, quòd verisimile sit, patrem extraneos noluisse propriæ soboli præferre; neque probabile est, eum si de liberis cogitasset, extraneis donaturum fuisse. Hæc ratio valet in omnibus donatoribus, ergo & idem ius statuendum est. Sic enim & eadem æquitate Papinianus respondit, evanescere substitutionem à patre filio factam in restituendo fideicommissio, si



so, si filio nascantur nepotes: quod verisimile non sit, testatorem cogitasse de nepotibus, cum filio extraneos substitueret, & quod alienas successiones proprijs non voluisse anteponeere presumatur, ut dicitur in d.l. cum acutissimi. Hæc sententia communi interpretum opinione comprobatur: proinde ab ea in iudicando & consulendo non est recedendum. A qua tamen discesserunt ex veteribus Azo, ex recentioribus Corasius lib. 7. Misc. c. 30. Connan. lib. 54. Com. c. 10. Donel. & Hotom. ad d. l. si unquam. Communem opinionem defendunt ex Neotericis Cuiac. lib. Obs. 20. c. 5. Fachin. lib. 3. contro. iur. c. 85.

## ASSERTIO LXXV.

*Donatio inter coniuges morte donantis confirmatur, etiamsi stipulatione sit peracta, & res nondum tradita.*

**D**ONATIO inter coniuges constante matrimonio non valet, sed tamen morte & silentio donantis confirmatur. Ratio est, quia est species quædam donationis causa mortis, utpote quæ morte confirmatur, & dominium verè post mortem transfert: l. cum hic status 32. §. de don. in. vi. & vx. Probat hanc decisionem apertè No. 62. in princ. ubi dicitur, etiamsi traditio non sit secuta, tamen donatio inter coniuges facta morte mariti confirmatur, si modò stipulatio interuenit. Idem confirmat l. si stipulata 33. in princ. & d. l. cum hic status. §. 1. ubi dicitur, donationes inter virum & uxorem præmortuo donatore confirmari, ut & ipso iure fiant res eius cui donatae sunt, & obligatio sit civilis. Quod postremum de stipulatione adhibita intelligendum est. Pugnans enim, rem alicuius fieri, & obligationem nasci l. 30. §. de obl. & act. Obijcitur l. Papinianus. §. de don. int. vi. & vx. ubi dicitur, donationes rerum tantum inter coniuges morte confirmari, hoc est, eas tantum donationes, in quibus traditio secuta est, morte confirmari, non verò si quid coniux coniugi stipulanti spondit. Resp. Quod ibi dicitur, donationes rerum inter coniuges morte confirmari, hoc ita accipiendum est, quod confir-

mentur

mentur donationes quæ fiunt de presenti, licet non tradatur res donata. Promissiones verò, quibus maritus uxori stipulanti spondit se donaturum, non confirmantur, quia hæc donationes validæ & perfectæ non sunt, sed promissiones de donando in futurum conceptæ, arg. l. 5. §. stipulatio. §. de V. O. Idque e ratione receptum est, quod facilius obligemur, quàm alicui donemus. l. 4. in fi. §. ad S. C. Vell. Unde si in promissione vertitur donatio, quia annum dari promissum est, conualefcit donatio inter coniuges morte donantis. d. l. si stipulata. Coras. lib. 5. Miscel. c. 1. Si verò quis promittat alicui donaturum per verba de futuro, non censetur valida donatio, quia promittens hoc modo non donat in presenti, sed paciscitur se daturum in futurum, eaque conuentio non est donatio, sed potius pactum de donando: quemadmodum qui promittit se venditurum, non vendit, & qui promittit se mutuaturum, non mutuat. l. qui pecuniam 30. §. Si cer. pet. l. si sterilis 21. §. ult. §. de act. emp. Fab. ad §. alia, num. 1. & 2. Inst. de donat. Alcia. in l. si pacto quo poenam. num. 2. & 3. C. de pact.

## ASSERTIO LXXVI.

*Ius venandi feras cuique iure gentium permittitur.*

**V**ENARI & aucupari tam in solo publico quàm priuato, tam in proprio quàm alieno fundo, item piscari in flumine publico cuiuslibet est permiffum. Hic enim modus acquirendi dominij omnium vetustissimus, scilicet occupatio ferarum, iure naturali est introductus, in quo hæc regula valet; Quod omnia animalia, quæ cælo, terra, marique capiuntur, id est, fera bestia, volucres & pisces, capientium fiunt. l. 1. §. de acqu. rer. dom. §. feræ. Inst. de rer. diui. Nec interest, siue in suo fundo, siue in alieno quis venetur vel aucupetur, nam utroque casu, quod quisque venando vel aucupando capit, id ipsius proprium efficitur. d. §. feræ. l. 3. §. de acq. re. do. Hanc sententiam probant Wesem. in d. §. feræ. & in parat. de acq. re. do. num. 7. Couarru. in c. peccatum. par. 2. §. 8. num. 5. Costal.

Ccc

ad l.



ad l. 16. de feru. rust. præd. A quibus dissentit Cuiac. lib. 4. Obs. c. 2. vbi decidit, feras, postquam dominus alium prohibuit fundum suum ingredi venandi gratia, non fieri capientis, per l. in laqueum 55. de acq. rer. do.

Obijcitur, quod qui alienum agrum ingreditur, venandi gratia, potest à domino, si is præuiderit, prohiberi. l. Diuus. de fer. rust. præd. d. §. feræ. additurque, non licere inuitis dominis in alienis prædijs venari. Ergo non videtur, quod qui coepit feram in alieno agro, eam suam faciat. Resp. Potest quidem ingrediens venandi gratia alienum fundum, à domino prohiberi, teneturque ingrediens contra voluntatem domini actione in factum, vel iniuriarum, sed nihilominus captam auem vel bestiam suam facit, quia non captura ferarum, sed ingressus fundi prohibetur. Iniuriam enim facit, qui inuito domino alienum fundum ingreditur, sed non committit iniuriam, qui capit id, quod nec eius domini est, nec cuiusquam alterius. d. l. in laqueum. l. iniuriarum 13. §. vlt. de iniur. Donel. lib. 4. com. c. 8.

Secundò obijcitur, quod nouissimo iure Imp. Fredericus prohibuit in §. si quis rusticus. vers. nemo retia. de pace tenen. in Vsb. feud. ne quis rusticus vel agricola possit venari cum armis, nisi solos apros, lupos, vrfos, leones, & huiusmodi feras nocentes. Resp. Hæc venandi facultas, quæ olim omnibus ex æquo fuit communis, iure nouissimo nonnihil restricta est, & rusticis venatio interdicta, ne ab agricultura vitæ humanæ maxime necessaria nimio venandi studio auocarentur.

ASSERTIO LXXVII.

*Præda ab hostibus capta fit capientis.*

**P**RÆDÆ loco militibus victoribus ea cedunt iure gentium, quæ in iusto & legitimo bello capiuntur ab hostibus. §. item ea quæ. Inst. de rer. diui. l. 5. §. vlt. cum ll. seqq. de acqu. rer. dom. In quo tamen acquirendi modo hæc obseruatur distinctio, vt mobilia capta ab hostibus fiant capientium: immobilia

mobilia autem, vt agri ex hostibus capti, publicentur, & fisco seu Principi, qui bellum indixit, applicentur. l. si captiuus 20. §. 1. de capt. & postl. reuer.

Sed obijcitur l. pen. Ad l. Iul. pecu. & l. pen. §. simili. C. de dona. vbi deciditur, etiam res mobiles ex prædatione hostium ablatas publicari, & in fiscum redigi, neque cedere prædæ militum. Resp. Quod dicitur, spolia ab hostibus capta effici capientium, hoc intelligendum est de rebus, quas per excursiones milites ab hostibus diripiunt: hæ enim quibuscunque occupantibus militibus relinquuntur. Aliud dicendum est de præda, quæ in aperto conflictu seu exitu belli occupatur: hæc enim solet à ducibus belli pro merito cuiusque inter milites distribui: quemadmodum & prædia ab hostibus capta, & in publicum redacta, militibus sæpè pro emerito militiæ labore assignantur. l. in agris 16. de acq. re. do. l. Lucius 11. de euct. Cuiac. lib. Obs. 19. c. 8. Wesem. ad d. §. item ea quæ.

ASSERTIO LXXVIII.

*Bonæ fidei possessor naturales & industriales fructus consumptos suos facit.*

**A**NCEPS & in vtranque partem agitata est quæstio, quos fructus bonæ fidei possessor suos faciat. In quo articulo illud indubitatum est, quod industriales fructus bonæ fidei possessor lucratur, propter culturam & operam suam quam impendit, postquam scilicet eos percepit & consumpsit. §. si quis à non domino. Inst. de rer. diui. §. etsi hereditas. Inst. de off. iud. l. bonæ fidei 48. de acq. rer. do. Naturales fructus nullus possessor suos facit, vel lucratur sola perceptione quoque, sed bonæ fidei possessor lucratur fructus naturales per consumptionem.

Probatum hoc primò per d. l. bonæ fidei. & l. 4. §. 2. de Fin. reg. vbi dicitur, quod bonæ fidei possessor non tantum eos fructus suos facit, qui opera & diligentia sua prouenerunt, sed omnes. Quod d. l. 4. ita declarat & restringit, vt non perceptione



sola fructus suos faciat, sed ita demum vt consumti non condicantur. Secundò probatur hoc euidenter per l. 4. §. lana.  $\bar{n}$  de vsucap. vbi dicitur, quòd lana ouium, quæ refertur inter fructus naturales, item agni sint bonæ fidei possessoris, postquam consumti sunt. Quamdiu verò extant, non acquiruntur bonæ fidei possessori, & possunt à domino vendicari: sed postquam ab eo consumti sunt, conciliatur & confirmatur dominium fructuum per consumptionem. Accuratè Goueanus libro 2. Variarum lectio. c. 15.

Obstat grauitè huic sententiæ l. fructus 45.  $\bar{n}$  de vsur. vbi deciditur, quòd maritus fructus naturales perceptos ex re sibi do nata ab vxore non lucratur. Resp. Ibi maritus non habuit iustum & validum titulum, cum donatio inter virum & vxorem iure non valeat. At verò vt bonæ fidei possessor lucratur fructus, oportet cum iusto titulo possidere. Wesem. ad d. §. si quis à non domino. Nec obstant illa verba subiecta in d. l. fructus. non fit eius, fructus scilicet naturalis, sicut nec cuiuslibet bonæ fidei possessoris: quia verba illa, nec cuiuslibet, non vniuersaliter, sed particulariter & distinctiue sunt accipienda; quasi dicat IC. non cuiuslibet bonæ fidei possessoris fiunt fructus naturales, sed alicuius, qui scilicet iustum titulum habet: quem admodum à simili dicitur, Non cuius homini contingit adire Corinthum, id est, alicui tantum homini.

Sed tamen iterum d. l. fructus, aduersatur l. pro oneribus. C. de iur. dot. & l. si fructus. C. de dona. inter vi. & vx. vbi indistinctè traditur, quòd omnes fructus tam industriales, quam naturales etiam consumtos à marito sibi donatos vxor reddere teneatur, in quantum facta est locupletior. Resp. Quando prædium donatum est à viro vxori, vel è conuerso, tunc vxor lucratur fructus industriales. l. de fructibus 17.  $\bar{n}$  de don. int. vi. & vx. d. l. fructus. Sed si ipsi fructus sunt donati, non valet donatio, & repetuntur, quantum scilicet ipsa est facta locupletior. Ita notat Accur. ad d. l. de fructibus.

Secundò obijcitur, quòd possessor hereditatis, licet sit bonæ fidei, tenetur etiam fructus consumtos restituere, quatenus ex ijs factus est locupletior. l. 20. §. fructus. l. sed etsi 25. §. consumit

luit, cum §. seq. l. cum hereditas 56.  $\bar{n}$  de pet. hered. Resp. Hoc ius singulariter introductum est in petitione hereditatis, ex duplici ratione: prima, quia possessor hereditatis caret titulo: altera, quia fructus augent hereditatem, tanquam ius vniuersale, & petuntur iure actionis, perinde atque ipsa corpora hereditaria, non iudicis officio, sicut in rei vendicatione fructus restitui petuntur. l. 1. & 2. C. de pet. here. l. item veniunt 20. cum ll. seqq.  $\bar{n}$  de pet. here. Wesem. d. loco.

## ASSERTIO LXXIX.

*Si quis ex aliena materia bona fide nouam speciem fecit, quæ ad pristinam materiam reuerti nequit, sit facientis.*

**S**PECIFICATIO est modus acquirendi dominium iure gentium, in quo hæc regula obseruatur. Quod qui ex aliena materia bona fide nouam speciem effecit, quæ ad priorem materiam reuerti non potest, hanc sibi acquirit. Veluti si quis ex alieno hordeo coquat cereuisiam, vel ex alienis tabulis faciat nauem vel ædificium. l. 7. §. cum quis ex aliena. l. in omnibus 24. l. sed si ex meis 26.  $\bar{n}$  de acq. re. do. §. cum ex aliena. Inst. de rer. diui. Ratio est, quia forma dat esse rei, sed is qui facit nouam speciem, addidit formam. Ergo cum primus produxit rem in rerum naturam, meritò facienti debetur dominium. l. Iulianus. 9. §. si quis, ad exhiben.

Obijcitur huic decisioni hæc regula IC<sup>torum</sup>. Quod ex re mea superest, id meum est, eiusque vendicandi ius habeo. l. solum 49. §. si quis  $\bar{n}$  ad exhib. Resp. Vera est ista regula, eo casu, quo quis sciens ex aliena materia fecit nouam speciem, hic non est nouæ speciei dominus, sed contra eum superest materiæ domino ad exhibendum actio. De eo enim apertè loquitur Paulus in d. §. si quis. Vnde apparet eum, qui bona fide nouam speciem fecit, eum speciei dominum futurum. Ita notat Donel. lib. 4. com. iur. ciu. c. 12. Vel dicendum, quod ex re mea non mutatum superest, hoc meum est, & id vendicare possum, quia ad pristinam causam reuerti potest. Cum verò noua species efficitur.



ficitur, quæ nõ potest reduci ad pristinam materiam, tunc prior res extincta censetur, ideoque à quo est species noua effecta, eius est meritò ipsa res nouiter facta. l. mulieris 13. de V. S. l. quid tamen 10. §. 3. ꝛ. Quib. mo. vsufr. amit.

Secundò aduersatur regula iuris, quæ dicitur: Neminem locupletari debere cum alterius iactura. l. nam hoc natura. ꝛ. de cond. inde. Quod videtur hoc casu fieri: nam is qui fecit nouam speciem, locupletior fit ex re aliena, cum iactura domini materiæ. Resp. Hoc casu domino materiæ consultum est actione in factum, contra eum, qui nouam speciem fecit, qua materiæ suæ amissæ æstimationem consequitur. l. in rem 23. §. item quæcunque. vers. ideoque in omnibus. ꝛ. de rei vend.

Postremò opponitur l. Minicius 61. ꝛ. de rei vend. vbi traditur, quòd nauis eius sit, ex cuius materia facta est, non autem eius, qui nauem ex alienis tabulis extruxit. Resp. In ea l. refertur sententia Sabinianorum, qui indistinctè dominium nouæ speciei addicebant domino materiæ, quæ tamen sententia non obtinuit. Nam cum Sabiniani dominium nouæ speciei tribuerent domino materiæ, eò quòd sine materia nulla species effici posset, Proculiani verò addicebant ei, qui nouam speciem fecit; media sententia aliorum IC<sup>orum</sup> extitit, qui hoc dissidium ita composuerunt, vt si species resolui possit in pristinam materiam, eius sit, cuius fuit materia, vt si ex alieno ære facta sit statua, quæ facillè resolui potest in æs. Contrà nouæ speciei dominus sit qui fecit, si non possit species resolui in pristinam materiam. Itaque si quis ex alienis tabulis nauem fecit, nauis eius erit, qui fecit, quia nauis in tabulas resolui non potest. d. l. sed si ex meis. Eaque sententia probata est à Iustiniano in d. §. cum ex aliena.

## ASSERTIO LXXX.

*Thesaurus in loco publico vel religioso inuentus, pro dimidia inuentori, pro dimidia fisco cedit.*

**G**RAVIS hîc occurrit antinomia. Nam in §. thesauros. Inst. de rer. diui. scribit Iustinianus, eius esse thesaurum, qui eum in sacro aut religioso loco inuenit. Còtrarium in l. 3. §. vlt. ꝛ. de iu. fil. Diui fratres constituunt, videlicet si in locis publicis, religiosissve thesauri reperiantur, quòd media pars fisco vindicetur. Variæ sunt ad hanc obiectionem responsiones: sed mihi maximè placet conciliatio Hotomanni in d. §. Thesauros, & Charondæ lib. 1. *περὶ θησαυρῶν*, qui statuunt distinguendum esse inter locum sacrum seu religiosum, quòd alius locus sit sacer quodammodò priuatus, veluti quem quisque sibi constituit illatione mortui in propriū & familiare sepulchrum, in cuius fundo maiores sui sunt sepulturæ conditi; habebant enim veteres suâ familiaria & hereditaria sepulchra. l. 5. & 6. ꝛ. de relig. Quem thesaurum ibi quis inuenit, sibi vindicare potest, tanquam in suo loco fundove repertum. Ita accipiendus est d. §. thesauros. Diuorum verò fratrum rescriptum de ijs locis sacris accipiendum est, in quibus est aliquod ius fisci, & quæ publica auctoritate sunt constituta, vt sunt templa & cœmeteria moribus nostris. In his thesaurus pro dimidia fisco cedit, pro altera parte inuentori: eò quòd sacrorum seu religiosorum locorum cura ad Principem spectat, l. 1. & vlt. ꝛ. Ne qu. in lo. sac. Et hæc distinctio comprobatur nouissimo iure Feudorum c. vnic. quæ sint regal. lib. 2. feudo. tit. 56. vbi dicitur, quæ in locis sacris vel religiosis reperta sunt, quòd horum dimidia pars Cæsari cedat.



## ASSERTIO LXXXI.

*Dominium sine possessione acquiri non potest.*

**P**ROBATVR hæc thesis in l. cum res. C. de proba. l. qui prædium. C. de dist. pig. Ratio propositionis est, quia causa efficiens dominij est voluntas transferentis & accipientis; materia, res de qua fit conuentio; forma, traditio & apprehensio vacuæ possessionis. l. 1. §. de acq. pos. vbi dicitur, quòd dominium rerum cœpit ex naturali possessione.

Obijcitur l. quisquis. C. de dona. vbi rei donatæ dominium transfertur sine traditione, per solam retentionem vsufructus. Resp. Qui retinet rei donatæ vsufructum, vi ipsa possessionem, & per consequens proprietatem tradidisse videtur. Eo ipso enim quòd vsufructuarius esse voluit, videtur ad alium transulisse possessionem, eumque suo ministerio fecisse possessorem. l. quod meo 18. §. de acq. poss. & per consequens dominium: quia qui dominus est, vsufructuarius esse non potest.

Secundò obijcitur, quòd rei hereditariæ & legatæ dominium ipso iure transfertur in heredem & legatarium, quamuis eius possessionem nondum sint nacti. l. à Titio 64. §. de furt. l. legatum 80. de leg. 2. Resp. Hoc idè fit, quia iure civili & legibus xlii. tab. illud introductum est, vt dominia rei legatæ, & rerum hereditariarum directò à testatore in heredem & legatarium transeant, vt extrema defunctorum iudicia citius ad exitum perducantur: quamuis possessio defuncti non transeat ad heredem sine corporali apprehensione possessionis. l. cum heredes 23. §. de acqu. pos.

Tertiò obijcitur l. si fundum. §. de fun. dot. vbi mulier fundum quem alter bona fide possidebat, & propè iam vsuceperat, marito in dotem dedit, quem fundum maritus dicitur posse vendicare. Vnde apparet fundi dotalis dominium ad maritum translatum esse, licet vacua possessio nõ sit ei tradita, vrpote cum ab alio possessio eius detineretur. Resp. Ibi dominium fundi dotalis non est per traditionem translatum in maritum, sed mulier

lier actionem sibi pro fundo dotali competentem transulisse censetur in maritum: quo facto fundum dotalem tradidisse intelligitur, quia dotis datio habet vim cessionis actionum. Ordinarium nanque & vulgare est, vt mulier nomen vel actionem in dotem det: quod tunc facere intelligitur, cum rem dotalem dare aut tradere non potest. Præterea dicitur etiam mulier rem doti dare, quando promittit vel destinat se doti daturum, licet traditio nondum sit secuta. l. si rem æstimatam 14. cum l. seq. §. de iu. dot. Cont. lib. 1. disp. c. 8.

Quartò obijcitur l. commissoriæ C. de pact. int. emp. & l. 1. C. de dona. sub mo. vbi dominium sine traditione, vel vacuæ possessionis apprehensione acquiritur. Resp. Non nouum dominium ibi acquiritur, sed vetus, quod ante habuerat dominus, retineri fingitur: quia ea lege & conditione res erat tradita ab initio, vt statim rediret ad dominum conditione commissã.

## ASSERTIO LXXXII.

*Vnum tantum est genus possessionis, & duo in solidum eiusdem rei possessores esse non possunt.*

**P**RIMA conclusionis pars confirmatur hisce rationibus. Primò ad possessionem requiritur rei corporalis apprehensio, & tunc dicimur possidere, cum rei corporaliter & naturaliter insistimus. l. 1. §. de adq. poss. l. nemo. C. eo. Sed hæc corporalis rei detentio penes plures esse nequit: Ergo nec plures eandem rem possidere possunt, hic ciuilitè, ille naturaliter. Secundò id probat l. 3. §. pen. §. de acq. pos. vbi dicitur, vnum esse genus possidendi, causas verò seu modos acquirendæ possessionis esse plures. Tertiò conuincitur hoc manifestè ex definitione possessionis, quòd possessio sit detentio rei corporalis, cum animo & opinione domini. Theop. ad tit. Per qu. pers. cuiq. acqu. l. 1. §. Scæuola. §. Si quis test. lib. 1. si seruus 22. §. 1. de nox. act. l. pen. C. de furt. in verb. cogitatione domini. At dominium penes duos simul esse non potest, & per consequens non sunt duæ possessionis species, vna ciuilis, altera naturalis.



turalis. l. duo.  $\bar{\pi}$  de preca. Concludendum igitur, quòd ciuilis possessio differat à naturali, non substantia, sed qualitate. Propriè est vnum possessionis genus, in quo duo concurrunt, animus & factum, puta vt quis rem corporaliter teneat, & animo seu opinione domini possideat. Hæc ciuilis possessio est, quæ ex iusta causa acquirendi dominij possidetur & apprehenditur ab eo, qui se dominum credit. Ideò ciuilis dicitur, quia iure ciuili maximè defenditur & approbatur. d. l. nemo. Naturalis possessio, quæ & corporalis dicitur, est, quando quis corporaliter rem tantum detinet, non animo & affectione domini, sed tamen iure aliquo & affectione sibi habendi. l. stipulatio. §. hæc quoque.  $\bar{\pi}$  de ver. obl. l. si cum qui 26.  $\bar{\pi}$  de dona. int. vi. & vx. Cuiac. in parat. C. de acqu. poss. & lib. Obs. 9. c. 33. Sic fructuarius & creditor possident naturaliter, quia non possident animo domini, sed alio quodam animo & iure. Sic creditor iure pignoris possidet, non animo & cogitatione domini. l. cum & sortis 35. §. vlt.  $\bar{\pi}$  de pig. act. Hæc naturalis possessio, non propriè & absolutè, sed abusiue possessio dicitur. l. naturaliter.  $\bar{\pi}$  de acqu. poss. l. 2. §. 1.  $\bar{\pi}$  Pro here. Contius lib. 1. disp. c. 9. Pulchrè Hotom. c. 20. Obseruat. in Pandect.

Quod attinet ad alteram thesis partem, fuit hic articulus diu multumque agitatus inter Proculianos, & Sabinianos: sed si verum pressius intueamur (Proculianorum sententia, tanquam iuri & rationi magis consentanea, probata) duo eandem rem in solidum possidere non possunt. Sabiniani tamen existimarunt duos in solidum vnus rei possessores existere posse, vt vnus iustè, alter iniustè possideat. l. 3. §. ex contrario.  $\bar{\pi}$  de adqu. poss. Vt in precario accidit, is qui precario rogauit, & qui precario accepit, vterque possidet. l. & habet. §. eum qui.  $\bar{\pi}$  de preca. Verum sicut paria sunt, aliquid nullum esse, aut iniustum & vitiosum esse: l. quoties.  $\bar{\pi}$  Qui satis. cog. sic & hoc casu precaria possessio tanquam iniusta & vitiosa pro nulla habetur. Nam is qui precario dedit, ab eo qui precario accepit, possessionem quandocunque vult, auferre potest l. qui precario  $\bar{\pi}$  de preca. l. 1. §. vlt.  $\bar{\pi}$  Vti poss. Similiter ego possidere possum iusta ex causa animo, tu eandem rem vi aut clam nihilominus tenere

potes,

potes: sed iudex meam solum possessionem tuetur. Ego enim semper ob id pro possessore habeor, quia competit mihi interdictum vnde vi, vel de clandestina possessione ad recuperandam possessionem, & sic in controuersia possessionis superior sum. l. si quis vi.  $\bar{\pi}$  de acq. pos. Vnus igitur tantum potest esse verus rei dominus, vel possessor in solidum. l. si vt certo. §. si duobus.  $\bar{\pi}$  Commod. Possessio non admittit consortem in solidum, sicut nec dominium.

## ASSERTIO LXXXIII.

*In amittenda possessione non opus est animo & corpore: sed aliquando solo animo, aliquando solo corpore amittitur possessio.*

**N**ON sicut ad acquirendam possessionem animo & corpore opus est, ita in amittenda possessione vtrunque requiritur. Probat per l. 3. §. in amittenda.  $\bar{\pi}$  de acq. poss. vbi dicitur, solo animo amitti possessionem, quamuis corpore retineatur.

Cui tamen obstat l. quemadmodum.  $\bar{\pi}$  de acqu. poss. & l. ferè  $\bar{\pi}$  de R. I. vbi dicitur, quòd simul vtrunque requiratur in amittenda possessione, affectio scilicet & animus, item corpus & factum. Huc referenda est l. peregrè 44. §. vlt.  $\bar{\pi}$  de acq. pos. vbi dicitur, si id quod corpore alieno possidebam, veluti per colonum, aliquis ingressus vi colonum deiecerit, me ignorante, amitto possessionem. Ergo in amittenda possessione non requiritur animus, ignorans non habet animum. Resp. Tria sunt genera possessionum. Quarundam rerum possessionem retinemus solo animo, quarundam animo nostro & corpore alieno, quarundam animo nostro, & corpore nostro. Primo, veluti saltuum æstiuorum & hybernorum: secundo, vt per corpus serui, coloni, inquilini: tertio, vt res quibus incubamus. Amittitur possessio solo animo, præcipuè rerum, quas possidemus solo animo, vt sunt saltus hyberni vel æstiu, quos certis tantum temporibus corpore nostro detinemus: l. 3. §. saltus.  $\bar{\pi}$  de acq. pos.

Ddd 2

Horum



Horum possessionem amittimus solo animo, quia & eorum possessionem solo animo retinemus, licet corpore nostro ijs saltibus non incumbamus. l. 4. C. de acq. poss. Interdum & solo corpore amittitur possessio, veluti cum per ministerium alterius possidemus. d. l. peregrè. §. vlt. Hoc indicat particula FERÈ. in d. l. ferè. de R. I. posita, quæ modum acquirendæ & amittendæ possessionis claudicare designat. Cuiac. ad tit. Inst. de interd. & ad tit. C. de acq. poss. Hanc sententiam approbat & Contius lib. 1. disput. c. 9. vbi asserit, in amittenda possessione satis esse considerare animum, quia cum animo desino possidere, simul & corpore desinam possidere necesse est: quia invito animo corpus nihil possidere potest, & remoto possidendi animo nulla possessio intelligi poterit, quamuis corpus adhuc sit in fundo: sicut possidere non dicimus eum, cui dormienti aliquid in manu ponitur. l. 1. §. 1. de acq. poss.

Ioannes antiquus glossator aliter hanc antinomiam conciliat, qui ait, veram quidem esse regulam, quæ dicit, non nisi corpore & animo amitti possessionem, si incipias amissionem à corpore, id est, si corpore desinas possidere, nam tunc requiritur præterea, vt etiam animo possidere desinas. Sin autem ab animo incipias, ait regulam esse falsam: quia si animo nolis possidere, non est necesse, vt corpore discedas à possessione.

## ASSERTIO LXXXIV.

*Possessio defuncti non transit ad filium, sine noua apprehensione.*

**F**ILIUS iuris ciuilibus opinione habetur pro domino bonorum paternorum viuo adhuc patre: sed tamen possessor bonorum patris non censetur viuo patre. Ideoque possessio non continuatur morte patris in filium, sed opus est noua apprehensione: & filij si heredes sint, iure scripto ingredientur vacuam possessionem bonorum paternorum, vt notatur in l. vlt. C. de edi. D. Hadr. Sin autem possessio occupata sit per alium, habent liberi remedia adipiscendæ possessionis, non autem retinendæ

nendæ vel recuperandæ: quia non possunt dici retinere possessionem, vel spoliari possessione, quam nunquam habuerunt. Old. claf. 5. de act. benefic. Ratio decidendi est, quia possessio est facti, ideò ad eam acquirendam corporali apprehensione opus est. l. 3. l. quemadmodum. de acq. poss. Dominium autem in iure consistit, & fictione legis nititur. Vnde sicut hereditas, quæ iure potissimum & intellectu constat, sola aditione acquiritur, ita & dominium, quod iure & animo quoque comprehenditur, sola agnitione & declaratione mentis percipitur. Probat hanc sententiam l. cum heredes. de acq. poss. vbi dicitur: Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem iura ad heredem transeunt, possessio autem non transit, nisi naturaliter sit apprehensa.

In contrarium facit l. cum miles. de ex. qu. cau. maio. quæ dicit possessionem defuncti continuari in heredem. Resp. Ibi possessio pro vsucapione accipitur, vt lex declarat, cum ait, possessionem etiam hereditate non adita impleri & perfici: id est, hæc vsucapio, quæ inchoata est à defuncto, continuatur & transmittitur ipso iure in heredem, sine ipsius apprehensione.

Obijcitur quoque Pauli sententia in l. 2. §. filium. de her. qui ait naturalem possessionem viuo patre penes filium esse, in re sibi à patre donata, ita vt nec vsucapere possit filius titulo pro herede rem sibi à patre donatam, quasi continuata, non nouo titulo acquisita possessione. Resp. Illa l. loquitur tantum de rebus filio à patre donatis & traditis, quas cum filius naturaliter semel possidere cœpit in vita patris, pro herede eas nequit vsucapere: propter regulam iuris, quæ dicit neminem sibi ipsi causam possessionis mutare posse: pro herede tamen nihilominus cæteras res vsucapere poterit. Vigl. ad §. sui autem. Inst. de hered. qual. & diff. Vide de hac propositione Alciat. lib. 4. Paradox. c. 15. Coraf. lib. 6. Miscel. c. 12. Huic autem decisioni moribus Galliæ derogatur: nam consuetudo generalis est in tota Gallia, quòd *le mort saisit le viif*, id est, quòd heres succedat in possessionem defuncti, & quòd possessio defuncti continuetur in heredem, ita vt heres possideat bona defuncti sine noua apprehensione. Chassa. in cons. Burgund. rub. 7. §. 1.



## ASSERTIO LXXXV.

*Regulariter iudicium petitorium cum possessorio cumulari potest.*

**A**GI simul de adipiscenda, vel de recuperanda possessione, & de proprietate potest. Ac si prius actum sit rei vindicatione, ea pendente, nec intermissa, proponi potest interdictum unde vi. l. & an eadem 14. §. si. de exc. rei iud. l. cum fundum §. ult. & de vi & vi ar. c. pastoralis. ext. de cau. pos. & prop. Gl. in l. si de vi. & de iudic. Sed an cumulatio petitorij & possessorij in interdicto retinendæ possessionis admittatur, maximè dubitatur: vtruta: Cum aliquis rei vindicationem intentasset, quæ possessori minimè erat conueniens, restituit, & interdictum vti possidetis intentauit: quæritur, an admittenda sit eius petitio. Et videbatur prima facie non admittenda, quòd intentando rei vindicationem, videatur possessioni renunciassè, cum rei vindicatione non agat qui possidet, sed ea detur contra possidentem. l. officium. & de rei vend. l. vnic. C. de alie. iud. mut. cau. Itaque agendo rei vindicatione videtur possessionem amisissè, & in aduersarium transfussè. Non ergo competit pro retinenda possessione interdictum ei, qui amisissè possessionem videbatur. Admittendum tamen ad interdictum vti possidetis, Vlpianus respondit in l. naturaliter. §. nihil commune. & de adqu. poss. Neque dicendum, cum videri renuntiasse possessioni, eò quòd cœpit agere rei vindicatione. Nam voluit retinere possessionem, sed non sciuit, qua ratione id facere posset. Non est autem æquum ei qui in edenda actione aberrauit, aliam actionem à prætorè denegari. l. habeat. & de inst. act. Hæc igitur est sententia d. §. nihil commune. Quòd si actor cum non constaret ei se possidere, egit rei vindicatione, ac si non possideret, licebit illi suo iure melius cognito, tantisper dilato illo iudicio, interdicto vti possidetis experiri. Gouea. lib. 1. Var. lect. c. 3. & Cuiac. lib. 7. Obs. c. 38.

**D**D. ita communiter intelligunt §. nihil commune, quòd admittit.

admittatur cumulatio petitorij cum interdicto retinendæ, quando diuersæ possessionis respectu intentantur. Vtruta quando intentans petitorium possidet tantum ciuilitè, seu animo retinet tantum possessionem: aduersarius verò possidet rem corpore, vtruta quòd altero absente ingressus sit fundum clandestinè: nam tunc potest absens reuersus, qui animo retinuit possessionem ciuilem, intentare iudicium petitorium rei vindicationis, pro recuperanda naturali possessione existente penes aduersarium, d. l. officium: & pro ciuili possessione potest eodem iudicio pendente intentare interdictum Vti possidetis, eò quòd turbatur factò in ciuili sua possessione, propter istam naturalem, quam tenet aduersarius. l. si duo. in princ. & Vti poss. Neque hoc casu vlla contrarietas impedit cumulationem petitorij & possessorij retinendæ. l. clam possidere. §. qui ad nundinas. vbi gl. & de acqu. poss. Oldend. in prælud. clas. 2.

## ASSERTIO LXXXVI.

*In sequestrum non transfertur possessio.*

**S**EQVESTER est, apud quem plures eandem rem, de qua controuersia est, deponunt, eo fine, vt tamdiu dum lis durat, custodiatur, & postea victori litis reddatur. l. 6. 7. & 17. & de pos. l. sequester 110. de V. S. Solet enim res de qua controuersia est, litigatorum voluntate tradi sequestro, vt eam seruet ad exitum controuersie, & deinde victori restituat. l. propriè & de pos. l. si quis 9. §. Labeo. & de dolo. Quæritur autem, an & quomodo sequester possideat? Et probabilior veriorque mihi videtur sententia, non aliter sequestrum possidere, quam si ea mente fiat sequestratio, vt possessio de qua existit controuersia, dimittatur. Alias custodia rei tantum ei commissã videatur, l. interesse 39. & de acqu. poss. Quòd si incertum fuerit, quomodo res sequestro deposita sit, possessio minimè in eum translata videbitur.

Obijcitur l. licet. & de pos. vbi dicitur, rei depositæ proprietatem penes deponentem manere, sed & possessionem, nisi apud seque-



sequestrum deposita sit. Resp. Tum demum possessio transit in sequestrum, cum constet partes habuisse animum dimittendæ possessionis. d.l. interesse. Nec obstat d.l. licet, quia ibi incertum erat, vter ex litigantibus possideret: dicit enim IC. neutrius possessioni id tempus procedere. Quibus verbis innuit, cum vtraque pars se possidere contendit, nec constat apertè quis possideat, tunc possessio transfertur in sequestrum. Aliàs cum constat quempiam solum possidere, possessio non transfertur in sequestrum. Coraf. lib. 3. Misc. c. 2. Ratio est, quia nemo præsumitur suam iactare velle, aut animum dimittendæ possessionis habere. Vnde in dubio potius propter securitatem litigantium custodia iudici seu sequestro mandata videtur in sequestratione, quàm vt possessio translata dicatur.

## ASSERTIO LXXXVII.

*Infans absque auctoritate tutoris possessionem  
acquirere non potest.*

**C**ONFIRMATUR hæc sententia per l. 1. §. 1. ꝛ de acq. poss. vbi dicitur, pupillum sine tutoris auctoritate possidere incipere, si modò eius ætatis sit, vt intellectum capiat. Eandem sententiam comprobat l. quamuis 32. §. 1. ꝛ eo. vbi dicitur, infantem non aliter quàm tutore authore incipere possidere. Ratio additur in tex. quia infantis iudicium suppletur tutoris auctoritate, alioqui nullus sensus est infanti accipiendi possessionem.

Obijecitur l. 3. C. de acqu. poss. vbi dicitur, donatarum rerum infanti, vacuam possessionem corpore acquiri. Resp. Possessio non aliter acquiritur, quàm si corpore rem apprehendas, & animum dominantis habeas. Sed infans quamuis verba possit proferre ad acquisitionem possessionis necessaria, non tamen intelligit, neque dijudicare potest, quid sibi velint ea quæ dicuntur, & ad quem finem res ipsi tradatur. Quod autem dicitur in d. l. 3. infanti, acquiri possessionem, id tantum ad res donatas & traditas referendum est, quarum scilicet vacua possessio  
infanti

infanti de manu in manum traditur. De donatis namque rebus tantum ibi sancit Imp. in quibus tradendis tanta non requiritur observatio, quàm si ex alio quouis contractu, puta emtione, permutatione, aut simili transferenda esset possessio. Rem enim accipiens infans ex donatione, ex sola acceptance sibi rei donatæ possessionem acquirit. Itaque licet non tam plenus sit in infante animi affectus, qui ad acquirendam possessionem requiritur, corpore tamen rei insistit. d.l. 3. Duare. ad d.l. 1. §. 1. Charon. lib. 2. Verisim. c. 6.

DD. communiter respondent, quòd in d.l. 3. infans possessionem acquisiuit cum auctoritate tutoris: quæ interpretatio omnem quoque contrarietatem componit. Illud denique notandum, quòd nouissimo iure constituit Constantinus Imp. vt seruus infantis adhibeatur, qui eius nomine rei donatæ possessionem acquirat. l. si quis 26. C. de donat. Hotom. in disput. de donat.

## ASSERTIO LXXXVIII.

*Si colonus possessione decesserit, non interpellatur  
possessio domini.*

**F**VIT inter Proculianos & Sabinianos dissensio, vtrum dominus amittat possessionem, si colonus deferendæ possessionis causa exeat de fundo. Proculiani dicebant, dominum nihilominus animo retinere possessionem: l. cum quis 31. ꝛ de dolo. l. 3. §. quod si seruus. ꝛ de acq. poss. Contrarium statuit Pomponius, qui fuit Sabinianus, in l. si colonus 31. ꝛ de acq. poss. & Sabinum sequitur Africanus in l. si de eo 40. §. 1. ver. aliud existimandum. ꝛ eo. Sed Iustinianus hanc controuersiam dirimit in l. ult. C. de acqu. poss. & Sabinianorum sententia reiecta, pronuntiat pro Proculianis, quòd scilicet negligentia & desertione coloni dominus quæsitam possessionem non amittat. Hodie ergo colono discedente ex fundo deferendæ possessionis causa, dominus animo retinet possessionem. Borcholt de acq. poss. c. 7. Porro licet possessio domini non amittatur negligentia coloni, tenetur tamen colonus qui decessit  
Eee fit de



fit de possessione, domino actione de dolo malo, si quid ex eo damni senserit: ut puta si ob id arua eius non sunt proficissa, & fructus idoneo tempore non sunt collecti. d. l. cum quis. & ibi Cuiac.

## ASSERTIO LXXXIX.

*Creditor pignus naturaliter possidet.*

**C**REDITOR pignus, quod ei à debitore traditum est, possidet naturaliter. l. cum & fortis. §. ult. ff. de pig. act. l. per seruum 37. de acq. re. do. l. 1. §. per seruum ff. de acq. poss. Ideoque & creditori dabitur interdictum uti possidetis, pro conseruanda possessione pignoris, ut rectè colligit Accur. in l. si duo. §. creditores. ff. Vti poss. Cuiac. consult. 25. Meno. de retin. poss. remed. 3. q. 25. vbi addit rationem, quia verè possidet creditor, excepta causa vsucapionis. l. serui 16. ff. de vsuca. Vnde etiam creditori competit condictio possessionis ad auocandam possessionem pignoris. l. si pignore. §. si post. ff. de pig. act.

Obijcitur l. sciendum. §. creditor. ff. Qui satisf. cog. vbi dicitur, quod creditor qui pignus accepit, possessor non est, tamen si habeat possessionem sibi traditam. Resp. Creditor possidere videtur quoad quædam, scilicet quoad hoc, ut rei vendicatione & actione ad exhibendum conueniatur. d. l. serui. & ibi Cuiac. Item quoad hoc, ut possessio præcedentis possessoris, id est, debitoris, sibi addicatur. d. l. serui. in fi. Item quoad hoc, ut interdicto uti possidetis experiri possit. Econtra quoad quædam, dicitur non possidere, ut quoad vsucapionem. l. 3. §. per seruum. l. qui pignoris 36. ff. de acq. poss. item quoad euitandam satisfactionem iudicio fisci. d. l. sciendum.

Secundò obijcitur l. cum notissimi. §. 1. C. de præscr. 30. an. vbi dicitur, possessionem pignoris apud debitorem esse constitutam. Resp. Hoc idè ibi statuitur, quia debitor quandoque vult, potest offerre debitum, & ita rem habere, & sic erit apud eum pignoris possessio. Præterea si apud debitorem esset possessio, & creditoris seruus surriperet pignus, dominum siue debito-

debitorem possessione priuaret: quod tamen non facit. l. non solum. §. ult. ff. de vsuca. gl. in d. l. cum notissimi. §. 1.

## ASSERTIO XC.

*Missus in possessionem ex primo decreto non possidet, sed ex secundo decreto missus possidet: Et si aduersarius erat dominus, missus fit dominus, sin minus, præstatur vsucapiendi conditio.*

**M**ISSIO in possessionem ita fieri solet. Si reus citatus non veniat ad iudicium, & contumacia eius accusatur, prætor actori concedit ex primo decreto missionem in possessionem bonorum debitoris, pro debiti quantitate, vel in possessionem rei, quam propriam contendit; & crescente contumacia Prætor interponit in actionibus personalibus secundum decretum, in realibus verò declarat actorem esse possessorem. Ex primo decreto missus non possidet, sed est tantum in possessione, id est, custos est potius quam possessor, remque detinet & custodit, donec debitor tædio affectus ad iudicium veniat responsurus. c. quoniam frequenter. §. ult. ext. Ut lit. non contest. Ex secundo decreto missus verè possidet. Hanc decisionem probant l. 3. §. ult. ff. de acq. poss. l. si duo. §. creditores. ff. Vti poss. l. si finita. §. Iulianus. & §. si quis autem 9. cum §. seq. & §. illud queritur 18. vers. posteaquam. ff. de dam. inf. l. cum legatorum. ff. Ex qu. cau. in poss. Porro missus ex secundo decreto rem vsucapit, si possessor non erat dominus. Quod si erat dominus, secundum decretum facit missum dominum, siue temporis interuallo. l. 2. ff. Si ex nox. cau. l. 5. ff. Com. diu. l. 3. §. 1. ff. de reb. eo. qui sub tute. Hæc est Accursij sententia in d. l. si finita. §. si plures, quæ communiter à D D. probatur, teste Wesem. in parat. de dam. inf. per l. 1. ff. de fundot. vbi dicitur, missum in possessionem ex causa damni infecti fieri dominum. Hæc autem obtinent tantum in personali actione. Nam in realibus possessio tantum contumaci aufertur, salua per longum tempus proprietatis questione, quæ per secundum



dum decretum absenti non aufertur. l. 2. in fi. vbi gl. C. Vbi in rem act. l. si quis emtionis. §. pen. C. de præf. 30. an. Wescm. d. loco.

Obijcitur l. consentaneum. C. Quom. & quan. iud. & d. l. 2. vbi missus in actione reali ex primo decreto efficitur verus possessor. Resp. cum Accur. in d. l. consentaneum. Aut mittitur post litem contestatam in possessionem, & tunc statim efficitur verus possessor. Aut mittitur ante litem contestatam, & tunc non efficitur verus possessor, nisi post lapsum anni. d. l. si quis emtionis. §. sed etsi quis.

Secundò obijcitur l. is cui. ¶ Vt in poss. lega. vbi dicitur, in possessione missum nunquam pro domino esse incipere. Resp. Hoc verum est in missio ex primo decreto, ex secundo tamen decreto missus fit dominus. d. l. si finita. §. si quis autem. l. 5. ¶ Com. diu. l. 1. ¶ de fun. dot.

## ASSERTIO XCI.

*Ita demum per procuratorem domino acquiritur possessio, si & dominus velit, & procurator habuerit animum domino acquirendi.*

**P**ER liberam personam, quæ nostro iuri subiecta non est, cæteræ res nobis acquiri non possunt, possessio tantùm acquiri potest, & ex possessione dominium. l. 1. C. Per qu. perf. no. acqu. l. 1. & l. per procuratorem. C. de acqu. poss. Sed non nisi volente domino acquiritur, l. ea quæ 53. ¶ de acqu. do. Ideò enim per procuratorem possessio acquiritur, quia primò per eum volumus acquirere, dum ei mandauimus, vt nobis rem gereret. Est enim procurator, qui mandato domini negotia eius administrat. l. 1. ¶ de procur. Ideoquæ si absit mandatum, & aliquis nostro nomine ingressus sit possessionem, non aliter nobis acquirit possessionem, quàm si ratum habuerimus. l. communis 42. §. 1. ¶ de acqu. poss. l. si ego 24. ¶ de neg. gest.

Obijcitur l. possessio 49. §. vlt. ¶ de acqu. poss. vbi dicitur, possessionem etiam per procuratorem domino ignoranti quæri. Resp.

Resp. Procurator acquirit domino, etiam si ignoret dominus quid emerit, & domini nomine acceperit. Sed quæcunque est hæc ignorantia, tamen nunquam acquirit domino nisi volenti. Nam siue specialis sit procurator, cui dominus mandauit de re certa, siue generalis, cui generaliter mandatum est, vt domini negotia gereret, iam ab initio dominus hac mente fuit, vt vellet, quicquid procurator domino gereret, id domino acquireret.

Ita demum autem nobis per procuratorem possessio quæritur, si ea mente sit procurator, vt velit nobis operam suam accommodare. Sin autem procurator suo nomine nanciscatur possessionem, non dicitur nobis per eum quæ sita possessio. l. 1. §. per procuratorem. ¶ de acqu. pos. Ad acquirendam enim possessionem necessaria est voluntas procuratoris.

Sed huic sententiæ grauer aduersatur l. qui mihi 13. ¶ de dona. vbi dicitur, quòd si quis tradidit quid procuratori meo, vt mihi acquireret, & procurator accepit, vt suum faceret, nihilominus mihi acquiri. Vnde colligitur, in translatione possessionis non esse opus voluntate procuratoris. Resp. Regulariter per procuratorem non aliter nobis acquiritur possessio, nisi & ipse velit nobis acquirere. l. 1. §. hæc quæ de seruis. ¶ de acqu. poss. Sed hoc non procedit, quando ille qui tradit, hoc agit, vt nobis acquiratur: quo casu malignitas procuratoris domino non nocet. Ita est accipienda d. l. qui mihi. vt notat Accur. in d. §. Hæc quæ de seruis.

## ASSERTIO XCII.

*Procurator venditoris, si domino mortuo, ignorans eum mortuum esse, in vacuam possessionem emtorem induxit, possessionem transfert.*

**T**RADITVR hæc decisio apertè in l. fundi 33. ¶ de acqu. pos. vbi ita distinguitur. Aut procurator qui ex domini mandato fundum venditum tradidit emtori, ignorauit dominum esse mortuum, & eo casu rectè in emtorem possessionem transfuisse censetur, nam ex iusto errore emtor voluntate domini possessionem accepisse intelligitur. Aut procurator sci-



uit dominum deceffisse, & eo casu non rectè transfert possessionem, quia mala fide rem gessit, quod factum eius venditoris heredibus nocere non debet.

Sed vehementer refragatur l. eius. vers. quas verò. ¶ Si cer. pet. vbi disertè negat Africanus, eum cui dominus mandauit, vt quid suum traderet, mortuo domino tradentem id transferre, quamuis mortuum dominum esse ignoret. Resp. Regulariter procurator cui quid mandatum est à domino vt traderet, si id mortuo domino tradat, non alienat, quantumuis ignoret dominum deceffisse, quia generaliter mandatum morte domini mandantis finitur. §. rectè. Inst. Mandat. Attamen si procurator constitutus erat ad id, ad quod constituens cogi poterat, vt puta si venditor mandauit procuratori, vt rem à se venditam tradat emtori, hoc mandatum morte mandantis non dissoluitur. d. l. fundi. vbi Alex. Castren. & communiter D D. hanc notant regulam, quòd licèt mandatum expiret morte mandantis, tamen quando mandatur executio necessaria alicuius actus principalis, non expirat mandatum. Possessio itaque rectè traditur à mandatario ignorante mortem mandantis, non tamen dominium, ad exemplum eius procuratoris, qui expressam mandati reuocationem ignorans, bona fide rem tradidit: transfert enim is possessionem. l. mandatum distrahendorum 57. ¶ Mandat. Dominium autem nusquam transfertur à procuratore, cuius mandatum reuocatum est, etiamsi ipse bona fide rem tradidit, minimè certus de sua reuocatione. tex. in d. l. eius. §. quas verò. optimus text. in l. Papinianus. ¶ de Publ. act. & in l. 2. §. sed si quis. ¶ de dona. Couar. c. xi. pract. quæst. vbi tamen contra communem disputat. De hac quæstione, an & quando mandatum morte mandantis finiatur, plenè & solidè tractat Bart. in d. l. 2. §. sed si quis. vbi per decem oppositiones hanc quæstionem examinat & dissoluit.

Secundò ei quod dicitur in d. l. fundi, mandatum defuncti posse reuocari per heredes, neque posse procuratorem mortuo domino inuitis heredibus possessionem tradere, aduerfatur l. si ego 9. §. si res. ¶ de iu. dot. vbi cū defunctus iussisset aut destinasset dotem dari puellæ alicui, cū nupta esset, & post mortem defun-

defuncti donatoris nuptiæ sequantur, non possunt heredes donantis hanc donationem, seu hoc mandatum donandi reuocare, cū tamen aliàs mors donantis interueniens ante traditionem, impediatur donationem. d. l. 2. §. sed si quis. Resp. Hoc speciale est fauore dotis & matrimonij, vt res quas defunctus iusserat dotis esse, etiam nuptijs secutis post mortem dotantis, in dote maneat, atque vt heres cogatur eam donationem implere, licèt dotans ante traditionem rei dotalis, vel ante nuptias mortuus sit, idque benignè receptum est, ne mulier maneat indotata. Nam & hæc fuit mens dantis, vt quandoque nuptijs secutis res dotis fierent. Traditur ergo casus singularis in d. §. si res, quo mandatum morte mandantis non soluitur: cū videlicet quis dedit procuratori mandatum soluendi vel donandi dotem de patrimonio suo, tunc enim morte mandantis non finitur mandatum, & poterit etiam procurator post mortem domini soluere, quem textum ad omnem piam causam extendit Baldus in l. mandatum. C. Mandat. Addit. ad Decium in l. 3. de R. I. in fine.

## ASSERTIO XCIII.

*Nulla possessio nisi animo & corpore acquiritur.*

**A**DIPISCIMVR possessionem corpore & animo, neque per se animo, aut per se corpore. l. 3. in princ. & l. quem admodum. ¶ de acq. pos. His verbis ostendit I C. duo necessariò ad acquirendam possessionem requiri, corpus scilicet & animum. Solum corpus non sufficit ad acquirendam possessionem. Animo quoque adipisci possessionem non possumus. l. qui vniuersas. §. quod per colonum. ¶ de acq. poss. Sed vtrunque & animum & corpus concurrere oportet, vt rei alicuius possessio acquiratur. Animus credulitatem & persuasionem possidendi certam significat, corpus verò actum aliquem corporeum ad animum accedentem.

Obijcitur primò l. 3. §. Neratius. ¶ de acq. poss. vbi tradunt Neratius & Proculus, quòd si quis scit thesaurum in suo fundo positum, quòd continuo eum possideat, simul atque possidendi animum.



animum habuerit. Ibi acquiritur possessio affectu possidendi, absque naturali possessione, hoc est, absque apprehensione thesauri. Igitur possessio aliqua acquiritur sine corpore. Resp. In eo §. proponitur, diffensionem fuisse inter Proculianos & Sabinianos. Proculiani dicebant, continuo me possidere thesaurum, quem in fundo meo quem possideo, positum scio, simul atque possidendi thesauri animum habuero. Sabiniani vero voluerunt, eum qui fundum detinet & possidet, quamuis sciat in illo fundo thesaurum esse, & affectum possidendi thesauri habeat, non aliter possidere thesaurum, quam si loco eum moueat, & corpore contrectet. Quam Sabinianorum sententiam tanquam veriolem Paulus ibi amplectitur, quam & Papinianus comprobatur in l. peregrè. §. de acqu. poss. vbi tradit, pecuniam quam alius in meo fundo custodia causa recondidit, non aliter me possidere, quam si eius possessionem supra terram adeptus sim, hoc est, si pecuniam apprehenderim, & loco mouerim.

Secundo aduersatur l. si me in vacuam 33. §. de acqu. poss. vbi expressis verbis dicit I.C. animo acquiri possessionem posse. Resp. In predicta lege non dicit I.C. animo acquiri possessionem, sed dicit, si animo acquiri potest possessio, quod perinde est, ac si diceret, posito, non tamen concessio, animo acquiri possessionem: dubitatur an acquisita sit possessio, si ego putavi me ire in fundum Cornelianum, cum tu me misisses in possessionem fundi Semproniani. Et responderetur, etiam illo posito, animo acquiri possessionem, non tamen mihi acquisitam possessionem, quia erravi. Error enim in corpore impedit acquisitionem possessionis. Ponit Ulpianus illud, quod falsum est, & ostendit falso illo posito, nihilominus possessionem non fuisse acquisitam, etsi diceremus possessionem solo animo acquiri posse. Borch. c. 3. de acqu. poss. num. 18.

Tertio opponitur l. quarundam 51. §. de acqu. poss. vbi dicitur, quarundam rerum possessionem solo animo acquiri, & additur exemplum, quod si venditus sit mihi aceruus lignorum, & venditor eum me tollere iussit, quod simul atque custodem apposuero, traditus mihi videatur lignorum aceruus. Solo igitur animo absque corpore, id est, absque aliqua lignorum contrectatione

etatione acquiritur possessio. Resp. Quod ibi appositio custodis habetur pro corporali quadam traditione lignorum: itaque statim atque custodem apposuero, tradita mihi videtur possessio acerui lignorum.

Quarto obstat l. 1. §. si iusserim. & l. quod meo 18. §. si venditorem. §. de acqu. poss. vbi dicitur, quod id possideam, quod venditorem in domo mea deponere iussi, etiam si id manu non attigerim. Resp. Ibi traditio facta ab aduersario supplet actum corporalem. Vel potius dicendum, quod aspectu ibi acquiritur possessio. Dum enim quis iubet rem in conspectu suo deponi, per aspectum, veluti per sensum corporalem, quaritur ei possessio.

## ASSERTIO XCIV.

*Ex pluribus causis eandem rem possidere possumus, quamuis dominium non nisi ex vna causa contingat.*

**R**EGVLA est, quod ex pluribus causis eandem rem possidere possumus, sed dominium non nisi ex vna causa nobis contingere potest, quæ tradita extat in l. 3. §. ex plurimis. §. de acqu. poss. & in l. non vt ex pluribus 159. de R. I. Ratio differentie est, quia dominium vndeunque sit, vnum est, & quod semel nostrum est, amplius nostrum fieri non potest. §. sic itaque. Inst. de act. At possidere facti est, cumque positum sit in naturali possessione nanciscenda, toties possidere videmur, quoties naturalem eius possessionem nanciscimur. arg. l. 3. §. Nerua. §. de acqu. poss. Proinde nihil impedit, quominus, vt plura sunt facta, pluresque velut possessiones temporibus discretæ, ita in singulis ex noua causa possideamus. Huius rei hic est effectus, vt si quis in iudicio de possessione victus sit ex vna causa, non prohibeatur eodem interdico sibi defendere possessionem ex alijs, quia alia res in iudicium deducitur.

Sed videtur obstar l. si quis ante 10. §. de acqu. poss. vbi dicitur, quod si quis conduxit rem aliquam, deinde eandem precario rogauit, quod per precarium à conductione recessum videatur. Vnde colligitur, quod ex pluribus causis eandem rem



non possidemus. Resp. Hoc non sequitur: nam ex ijs causis nulla acquiritur possessio, sed nuda tantum detentio; quo casu spectamus quod nouissimè factum est. l. interdum 21. §. fin. ꝛ de acq. pos.

Secundò obijcitur l. 4. C. de cont. emp. vbi dicitur, titulum possessionis duplicari non posse. Resp. Verbum possessionis pro dominio ibi accipitur. Quod itaque dicunt Imp. titulum possessionis duplicari non posse, ita accipiendum est, quòd titulus siue causa dominij duplicari non potest, & quòd qui ex vna causa seu titulo nactus est dominium, non potest ex alio titulo seu causa nancisci dominium. Hanc esse d. l. 4. sententiam, probat perspicuè ibidem Accursius. Sic enim & alijs iuris locis possessio pro dominio frequenter accipitur, in l. interdum 78. de V. S. l. Imperatores. ꝛ de seru. rust. præd. l. vxorem 41. §. legauerat. ꝛ de leg. 3.

## ASSERTIO XCV.

*Vxor rem donatam à viro possidet naturaliter.*

**N**ATURALITER possidet mulier, cui aliquid constante matrimonio à viro donatum est. Hæc donatio inutilis quidem est quoad translationem dominij, sed tamen ex ea donatione acquiritur vxori naturalis possessio, cum volente domino rei donatæ corporaliter insistat; & competunt ei interdicta possessoria pro possessione rei donatæ consequenda & retinenda. l. 1. §. si vir. l. quod vxor 16. ꝛ de acqu. poss. l. 1. §. deijcitur. ꝛ de vi & vi arm. Imò ex possessione coniugis donatarij hoc commodum ad possidentem redit, vt fructus ex re donata perceptos suos faciat: l. fructus 45. ꝛ de vsur l. de fructibus 17. ꝛ de don. int. vi. & vx.

Sed obstat huic assertioni l. inter virum 46. ꝛ de don. int. vi. & vx. vbi dicitur, Inter virum & vxorem nec donatio possessionis vlla est. Resp. Loquitur IC. de donatione ipsa, non de possessionis translatione, & quòd asseritur, lege prohibitam esse inter coniuges donationem, hoc ita intelligendum est, siue alter alteri

alteri donet possessionem; siue proprietatem. Quia enim lex prohibet generaliter donationem inter coniuges constante matrimonio, intelligitur prohibita non tantum proprietatis, sed etiam possessionis translatio & donatio. Transfertur tamen ex hac causa possessio corporalis & naturalis in mulierem, quia res facti, id est, naturalis possessio, quæ factò & corpore consistit, iure ciuili infirmari non potest. d. l. 1. §. si vir. ꝛ de acq. pos. sed possessio ciuilis ex hac donatione non transfertur: l. eum qui 26. ꝛ de dona. int. vi. & vx.

Secundò obstat l. 3. §. sciendum. ꝛ de dona. int. vir. & vx. vbi dicitur, irritam esse donationem inter coniuges, & traditionem non valere. Resp. Traditio hæc effectum iuris non habet, id est, hac traditione dominium non acquiritur.

## ASSERTIO XCVI.

*Possessio non tantum facti est, sed etiam iuris.*

**P**OSSESSIO partim facti est, quatenus in factò corporalis possessionis consistit; partim iuris est, quatenus est in animo. l. possessio quoque 49. ꝛ de acq. poss. vbi dicitur, etsi naturaliter possessio teneatur à fructuario, tamen ex iure plurimum mutuatur. Ius plerunque accedit possessioni, quæ facti est, id est, accedit approbatio iuris ciuilis. Vnde duplicem statuit Imp. possessionem in l. nemo. C. de acqu. pos. aliam quæ iure, aliam quæ corpore consistit, illa natura, hæc dignitate prior. Nam vt alia, sic possessionis iura ex factò oriuntur, nec quisquam antè possidet animo, quàm factò naturali rem occupauit. d. l. nemo. Possessio est facti, quia detentio est, id est, vsus rei. l. denique ꝛ Ex qu. cau. maio. & animi, quia affectionem, voluntatem & opinionem domini desiderat. l. 1. §. Scæuola. ꝛ Si quis testa. lib. Possessio quoque fructuarij, quæ naturalis est, etiam ex iure plurimum mutuari dicitur. d. l. possessio. Sed facti magis est, quàm iuris, quia iure domini destituitur, quod ius optimum maximumque est.

Obijcitur, quòd possessio vsus definitur, vsus autem detentionem



tionem significat, quæ factum designat. l. quæstio 115. ꝛ de V. S. Ergo facti est. Resp. Vfus ibi accipitur pro iure vtendi. Sic possessio quoque ius possessionis appellatur in l. peregrè. ꝛ de acqu. poss. l. non ideo. C. de lib. cau.

Secundò obijcitur l. cum heredes 23. §. 1. ꝛ de acq. pos. vbi dicitur, quòd captus ab hostibus & reuersus non recuperat possessionem, sed opus sit ei noua apprehensione. Vnde & ciuilis possessio ab eo amittitur: ex quo apparet eam non esse iuris, quia aliàs animo retineretur. Resp. Quamuis in ciuili possessione aliquid est iuris, aliquid tamen est facti quoque. Imò voluntas ipsa facti est, quia concurrente voluntate, possessio iuris subsidio retinetur. Hunc animum captus ab hostibus non præsumitur retinere, vnde & ille animus, qui etiam facti est, non dicitur ei restitui. Quòd autem animum possidendi non habeat, probatur tum ex l. 3. §. si quis nuntiet, & l. si id quod 25. §. vlt. ꝛ de acqu. poss. tum ex eo, quòd cum captus ab hostibus ab alio possideatur, ipse nihil amplius possidere intelligitur. Quòd si animo & corpore capti non est opus ad retinendam possessionem, vtpote si per subiectas iuri suo personas possidebat, restituitur ei possessio. l. in bello. §. facti. ꝛ de capt. & post. reuer. l. 15. ꝛ de vsucap.

## ASSERTIO XCVII.

*Possessio amittitur rei depositæ contrectatione, lucri faciendi causa, non inficiatione sola.*

**C**ONTRECTATIONE rei depositæ facta animo sibi habendi, & lucri faciendi causa, furtum committitur, & dominus priuatur sua possessione. Aliud dicendum est, si depositarius rem apud se depositam abnegauerit, & inficiatus fuerit: tunc enim furtum non facit, neque dominum possessione subuertit. text. in l. 3. §. si rem. ꝛ de acqu. posses. l. 1. & l. inficiando 67. ꝛ de furt. Ratio diuersitatis est, quia ad hoc vt furtum committatur, & domini possessio interuertatur, factum & contrectatio aliqua requiritur. Furtum enim non solo verbo,

non

non scriptura, non animo, sed contrectatione committitur. l. si quis vxori 52. §. neque ꝛ de furt.

Sed vehementer obstat huic assertioni l. si rem mobilem 47. ꝛ de acqu. poss. vbi dicitur, si rem apud te depositam negare, & tibi possidere constitueris, protinus amitti possessionem. Ergo non est necessarium, vt res deposita loco moueatur, ad hoc, vt amittatur possessio. Resp. In ista lege depositarius non solum constituit rem depositam negare, sed etiam contrectauit, & loco mouit. Quòd colligitur ex verbis legis, quæ sic habent, *si tibi possidere constitueris*. Dum enim dicitur, quòd sibi possidere constituerit, factum denotat, quòd scilicet rem contrectauerit, & loco mouerit. Alioqui enim non poterat sibi possidere, cum ad acquirendam possessionem apprehensione, & corporali facto opus sit. l. 3. in princip. ꝛ de acquir. poss. Zaz. ad d. §. si rem.

## ASSERTIO XCVIII.

*Qui precario possidet, interdicto vti possidetis experiri potest.*

**D**A TV R precario possidenti interdictum vti possidetis contra omnes, præterquam contra eum à quo precario accepit, seu precario possidet. l. qui precario. 17. ꝛ de acqu. poss. l. 1. §. fin. ꝛ vti possid.

Sed obstat l. certè. 6. §. is qui rogauit ꝛ de precar. vbi dicitur, eum qui precario rogauit, non possidere. Ergo nec interdictum vti possidetis ei competit. Resp. Quando sic precario res conceditur, vt impetrans possideat, tunc interdicto retinenda possessionis is experiri potest. Verùm in allegata lege contraria tantum precarium concessum est, vt quis precario ad tempus in fundo motetur. Ideoque ei interdictum vti possidetis non competit, quia nec ciuilitè nec naturaliter possidet. Oledendor. clas. 4. act. 16. in affinib. remed. Cum ergo nominatim fuit possessio precario concessa, tunc haud dubiò acquiritur possessio precario accipienti. l. & habet. 15. §. eum qui. ꝛ de precar. vbi inquit Pomponius, Eum qui precario rogauit, vt sibi

Fff 3

possidere



possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium.

Secundò hic adhuc alia occurrit antinomia. Nam in l. quæcunque 13. §. interdum ꝛ de Publ. act. dicitur precariam possessionem iustam esse & legitimam. Contrarium asseritur in l. Pomponius xiii. §. cum quis. ꝛ de acquir. posses. & in l. cum heres xi. ꝛ de diuer. temp. præscrip. vbi affirmatur, precariam possessionem esse vitiosam, illaque tria vitia possessionis, quod quis vi, clam, aut precariò possidet, in eodem gradu collocantur. Responderi potest dupliciter: vel quòd precaria possessio dicitur iniusta, respectu illius, à quo quis precarium accepit. Vel quòd verius est, quòd precaria possessio respectu ciuilibus possessionis, quæ ad vsucapionem requiritur, vitiosa censetur: nam ille qui precariò possidet, vsucapere non potest, l. si quis diuturno 10. ꝛ. Si feruit. vend. d. l. cum heres. l. Pomponius. §. si is qui ꝛ de acqu. pos.

## ASSERTIO XCIX.

*Pupillus animo desinere possidere non potest, corpore potest.*

**P**UPILLVS sine tutoris auctoritate possessionem animo amittere non potest, quia animi iudicio caret, sicut furiosus. l. Fulcinius. vii. §. planè. ꝛ. Ex quib. caus. in poss. eat. Corpore tamen potest desinere possidere sine tutoris auctoritate. l. possessionem xxix. ꝛ de acquir. posses. quia res facti iure ciuili infirmari & conuelli non potest, l. i. §. si vir. ꝛ de acquir. posses. id est, ius ciuile efficere non potest, vt qui exiuit de fundo, non exierit. Ius ciuile factum infectum efficere non potest. Cæterum corpore per se solo non amittitur possessio.

Sed obstat l. pupillum xl. ꝛ de acqu. rer. dom. vbi dicitur, ne naturalem quidem possessionem pupillum amittere posse, nisi præsentem tutorem auctorem. Resp. Quòd hic dicitur, intelligendum est tam de ciuili, quàm naturali possessione, hoc modo, vt pupillus neque ciuilem possessionem, quæ iure & animo domini habetur, neque naturalem, quæ alio iure subnixæ est, veluti vsusfructus

vsusfructus vel pignoris iure animo, amittere possit, sine tutoris auctoritate, corpore saltem ab ea possit discedere; quæ discessio absque animo in causa amittendæ possessionis nihil efficit, quia possessio absque animo non amittitur.

Obijcitur secundò l. 2. §. si à pupillo ꝛ Pro empt. vbi qui à pupillo absque auctoritate tutoris bona fide rem alienam emit, cum ignoraret eum pupillum esse, vsucapere potest. Resp. Utilitatis ratione propter iustum errorem id receptum est, vt emptor qui emit rem à pupillo, qui omnium opinione existimabatur esse pubes, vsucapere possit, quia iustus error ad perficiendam vsucapionem nemini nocere debet. l. quod vulgò xi. ꝛ Pro empt.

## ASSERTIO C.

*Possessio per colonum, commodatarium, & depositarium, quamuis alteri locet, commodet, vel deponat, retinetur.*

**S**I rem tibi commodatam, tu alij existimanti eam rem tuam esse, commodaueris, ego qui commodauis, non desino eam possidere. l. qui vniuersas 30. §. vlt. ꝛ de acqu. pos.

Sed obijcitur huic sententiæ l. si pignore 54. §. i. j. de furt. quæ lex commodatarium, qui rem commodat alij, furtum facere tradit. Itaque si furtum facere ait, dominum possessione rei interuertit. Ergo dominus possidere desinit. Resp. Non desinit possidere, quia etsi per eum cui commodauit, non possideat, quia fur est, possidet tamen per secundum commodatarium, si ipse furti conscius non fuerit; puta si putauit, vt non abs re ponitur in d. §. vlt. rem fuisse commodantis. Vel potius responderi potest, quòd commodatarius qui inuito domino rem alteri commodat, non tam possessionis, quàm vsus furtum facit. d. l. si pignore. §. i. Cum enim per commodatum non transferatur possessio, l. rei commodatæ 8. ꝛ Commod. sed vsus tantum; sequitur, quòd comodatarius per solum commodatum factum inuito domino, faciat quidem furtum ipsius vsus, sed tamen possessionem domini non interuertat.

Secundò statuitur, me retinere possessionem, si colonus meus fundum



416 ENANTIOΦΑΝΩΝ CENTVRIA III.  
fundum alij locauerit, quod suo iure, sine vitio facere potest,  
l. si id quod 25. §. 1. ꝛ de acquir. pos. l. nemo. 6. C. Loca. Idem-  
que, si is apud quem rem meam deposui, apud alium rursus eam  
deposuerit, quod etiam suo iure facere potest, l. si is apud quem  
16. ꝛ de pos. Quod enim mihi custodiendum datum est, possum  
iterum alteri custodiendum dare.

Sed obijcitur l. non solum 33. §. 1. ꝛ de vsucap. vbi traditur,  
dominum desinere possidere, si depositarius vel commodata-  
rius rem alij tradiderit. Resp. Ibi commodatarius vel deposita-  
rius ex causa habili & idonea ad translationem dominij alteri  
re tradidit, puta ex emtione vel donatione, quo casu interuertit  
possessionem domini. At si rem alij commodauerit, putans rem  
eius esse, vel si deposuerit apud alium, vel si alij locauerit, pu-  
tans rem eius esse, non desinit dominus possidere. Gl. & Bart.  
in d. l. qui vniuersas. §. vlt.

CENTVRIA

# CENTVRIÆ QVARTÆ ENANTIOΦΑΝΩΝ

## ASSERTIO I.

*Duo in solidum eandem rem possidere  
non possunt.*

**H**Æ thesis latè & copiosè satis cõfirmata est Cen-  
tur. III. Assert. LXXXII. Et conuincitur porro  
hoc necessario argumento, quòd possidere est  
vacuam rei possessionem apprehendere, arg. l. 3.  
in princ. ꝛ de act. emp. Quod quia à duobus in  
solidum fieri non potest, cum si vnus semel rem apprehenderit,  
non potest alius absolute & solide eandem rem occupare, nisi  
alter possidere desierit. l. certè. §. 1. ꝛ de precat. l. 3. §. ex con-  
trario. l. clam. §. qui ad nundinas. ꝛ de acq. pos. sequitur, duos  
in solidum eiusdem rei possessores esse non posse.

Obijcitur l. si finita. §. si plures. ꝛ de dam. inf. vbi dicitur, si  
plures Prætor mittat in possessionem damni infecti nomine, sin-  
gulos possidere. Resp. Possident quidem singuli, sed non in soli-  
dum, quia concursu partes faciunt. Hoc autem Prætor rectè  
facit in ijs quos ipse possessores facit, quos ipse mittit in posses-  
sionem. At cum in interdicto Vti possidetis inter duos incidit  
controuersia de possessione, Prætor hoc facere non potest,  
quia litigatores ad Prætorem veniunt hoc animo, vt alterutrius  
possessio declaretur esse iusta, in eaque ab aduersario non  
turbetur.

Secundò obijcitur l. si duo. ꝛ Vti possid. vbi dicitur, duos  
in solidum eandem rem possidere. Resp. Duo quidem in soli-  
dum possident, sed diuerso respectu; Vnus ciuilitè & ex iusta  
causa; alius iniuste, puta vi, clam aut precario. Sed tamen quod  
ad summam, hoc est, perfectionem possessionis attinet, duo non  
possunt eandem rem in solidum possidere, id est, non possunt



perfectè & absolute possidere. Nam ille demum possidet, qui vacuum rei possessionem apprehendit. Itaque qui, vi clam aut precario possident, item usufructuarius creditor qui rem pignori accepit, naturaliter quidem possident, sed tamen perfectè non possident, quia vacuum rei possessionem non apprehenderunt. l. clam. §. ult. de acq. pos. l. & habet. §. eum qui. de preca. l. 1. §. per eum. de acq. poss.

Tertiò aduersatur l. 1. de Vti possid. vbi Prator inquit, Vti possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto. Ergo videtur admittere duos in solidum possidere. Resp. Prator ait, Vti possidetis, non quòd duo verè possideant, sed ratione controversiæ tantum, quæ inter duos est de possessione. Cum enim vterque contendit se possidere, & ambo probant aliquot actus possessorios, & iudici non constat de alterius possessione iustiori, ut puta si neuter probavit titulum vel antiquiorem possessionem, tunc iudex ita pronuntiare solet, Quia vos utrosque inuenio possidere, & neutrum altero iustiore possessorem deprehendo, unde sicut iam possidetis, ita possideatis, donec de alterius iustiore causa appareat in iudicio petitorio. Ita tradit eleganter Zazius ad l. 3. §. ex contrario. de acq. pos. vbi notat, quòd duo possident in solidum, non vera sed apparenti possessione, ut quia vterque probat aliquot actus possessorios.

Quartò opponitur l. & habet. §. eum qui. de precar. vbi & is qui precario dedit, & is qui precario accepit, possident. Resp. Qui precario dedit, verè solus possidet, quia ad tempus tantum dedit, & eo animo, ut rem accipientis non faciat, sed ut in eum possessionem transferat pro tempore: quæ tamen impropria & adumbrata est possessio. Qui precario accepit, detinere potius, quam possidere dicendus est, quia solus usus possessionis penes eum est, ius autem apud eum qui dedit, sed dicitur possidere idèò quia possessoris commodo fruitur. Connanus lib. 3. Com. c. 10. num. 6.

Quintò obstat l. clam. §. qui ad nundinas. de acq. poss. vbi dicitur, eum qui absentis fundum ingressus est, possidere clam, & absentem nihilominus possidere. Resp. Is qui clam possidet, improprie possidet: manet enim is cuius fundus clam occupatur,

cupatur, in possidendi voluntate: sed dicitur alter clam possidere, hoc est, detinere, sicut is qui precario rogauit, possidere dicitur, id est, tenere & habere. Vtraque enim & clandestina & precaria possessio, non est vera possessio. Sed obstat solutioni l. rem quæ nobis 15. de acq. pos. vbi dicitur, rem quæ nobis surrepta est, perinde intelligimur desinere possidere, atque quæ vi à nobis ablata est. Resp. Furtum in rebus mobilibus tantum committitur, quarum rerum possessionem amittimus, cum eas ita perdiderimus, ut nesciamus vbi sint. Eleganter Connanus d. loco.

## ASSERTIO II.

*Vfusucapio non pugnat cum naturali æquitate.*

**V**IDEBATVR prima facie intuenti dicendum, quòd usufructuarius pugnet cum naturali æquitate, quia ius naturæ neminem vult locupletari cum alterius iactura. l. nam hoc natura. de cond. inde. Sed qui rem alterius usufructuarius, cum veri domini incommodo sit locupletior. Resp. Damnum quod quis sua culpa sentit, non videtur damnum sentire. l. quod quis 203. de R. I. Itaque non locupletatur usufructuarius cum iactura prioris domini, quia ipse sibi imputet, quòd rem suam tanto tempore persequi neglexerit. Præterea introducta est usufructuarius in prænam dominorum, quorum ignauia deseruntur possessiones, & prædia quasi inculta relinquuntur.

Secundò naturalis æquitas dicitur, ut id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium non transferatur. At usufructuarius vero domino auferit dominium, & sine eius voluntate usufructuarius tribuit. Resp. Licet videatur præscribens veteri domino quodammodo inuito suum auferre, tamen penitus rem intuenti apparebit, præscribentem non acquirere rem præscriptam inuito veteri domino. lex enim præsumit, dominum tanto tempore tacentem, & negligentem res suas, in alienationem consentire. Qui enim patitur rem suam præscribi, censetur longa patientia illam alienare, & alienationi consentire. l. alienationis 28. de V. S. Oldend. c. 2. de usufructu. Ad hæc publica tran-



quillitas, & salus populi, quæ suprema lex esse debet, præferenda est utilitati priuata, cum lex superior vincere debeat inferiorem. Atqui vsucapio bono publico introducta est, ne scilicet dominia rerum diu in incerto maneat, sed vt securitati possessorum consulatur. l. 1. ꝛ de vsuca. Et si enim diutissimè quis rem possederat, tamen certus de iure suo esse non poterat, quoad lex ciuilis per vsucapionem acquisitioni dominij certum statuisset modum. Vnde dicitur, quòd vsucapio sit finis litium. l. vlt. ꝛ Pro suo.

Denique obijcitur No. const. 9. §. 1. vbi dicitur, quòd præscriptio sit impium præsidium, & improba temporis allegatio. Resp. Ibi Iustinianus illam vocat impiam & improbam præscriptionem, quæ cum mala fide procedit: quando scilicet mala fide quis detinet bona ecclesiastica, talem præscriptionem lex improbat. Ergo vsucapionem, quæ bonam fidem requirit, euidenter confirmat.

### ASSERTIO III.

*Si quis in diuerticulo fluminis publici solus pluribus annis piscatus sit, alium eodem iure vti volentem prohibere potest.*

**T**EXTVS est in l. si quisquam. ꝛ de diuer. tem. præsc. Hoc autem ita accipiendum est, quòd hoc ius propter longam quasi possessionem præscribendo, id est, excipiendo possessori datum sit, & piscandi ius in diuerticulo fluminis, præscriptione longæ possessionis defendi possit à possidente. Nam si ipso exercitium piscandi intermittente, alius iam piscandi ius vsurpet, actio non datur ad obtinenda loca publica iure gentium. l. vlt. ꝛ de vsucap. Itaque qui quæsitum semel ius piscationis longa possessione, iterum amisit non vtendo, nulla actione id recuperare potest: quia postquam desinit vti, & cessat piscari in flumine, locus redit ad causam publicam, & cedit iterum occupanti sine publico incommodo. l. quod in littore. ꝛ de acq. rer. dom. Ita sensisse Martianum in d. l. si quisquam, probatur ex eo, quòd de littore occupato similiter respondit in l. in tan-

in tantum. ꝛ de rer. diuis. vbi docet idem Martianus, quòd qui in littore maris ædificauit, soli dominus sit, quamdiu ædificium manet. Et è diuerso, sicut ædificio in littore posito, diruto, locus ille redit ad causam publicam; ita si desinat piscari, qui solus longo tempore in aliqua parte fluminis piscatus est, alterum eodem iure quin vtatur, prohibere non potest. Hoc autem interest, quòd in littore sufficiat occupatio sine longa possessione, in fluminis diuerticulo verò, ad ius piscandi acquirendum, longa possessione opus est: flumen enim est in bonis, & publico iure populi. l. 2. ꝛ Ne quid.

Non obstat l. vlt. ꝛ de vsucap. Vbi dicitur, quòd longæ possessionis præscriptio ad obtinenda loca publica non procedat. Respondetur enim, quòd ius piscandi in flumine plenè & absolutè vsucapione non acquiratur, sed tamdiu quis illud sibi tanquam proprium vsurpare & vendicare possit, quam diu iure piscandi vtitur. Si autem desinat piscari, alterum quin eodem iure vtatur, prohibere non potest. Præterea requiritur præter continuum plurium annorum exercitium & vsu piscandi, vt & alios ibi piscari volentes prohibuerit, & sic in quasi possessione huius iuris per prohibitionem longo tempore factam sit constitutus. Iason in l. quo minus. ꝛ de flumin. Ratio decidendi, quòd ius piscandi in flumine publico non acquiratur, nisi & alij eodem iure vti volentes ab occupante prohibeantur, hæc est, quia piscari in flumine publico, vel ire per viam publicam, sunt actus meræ facultatis, qui non possunt præscribi, sed tum demum acquiruntur, si & alij ab eiusdem iuris vsu prohibeantur, & ijdem prohibitioni acquiescant: l. 2. ꝛ de via publ. Pulchrè Grauet. de antiqu. temp. par. 4. c. 5. num. 98.

Ideoque non ex solo vsu piscationis inducitur possessio alios excludens, cum piscatio res sit meræ facultatis, & vno desinente piscari, alius quo minus ibi piscetur, prohiberi nequeat, sed requiritur præterea, vt ius & possessionem prohibendi à piscatione, prior possessor & piscator longo tempore continuauerit. Wesem. ad tit. de seruit. num. 5. in parat. & ad §. flumina. Inst. de rer. diuis. Eleganter Cuiac. ad l. vlt. ꝛ de vsucap.



## ASSERTIO IV.

*Ius luendi pignoris præscriptione xxx. vel xl.  
annorum non tollitur.*

**D**EBITORI perpetuò competit ius offerendi pecuniam, vt liberet pignus, nec ei obijci potest præscriptio xxx. annorum: semper enim iustum & æquum est, soluta pecunia pignus debitori restitui. Probatur hæc decisio tribus firmissimis rationibus & argumentis: Primò quia ad præscriptionem iustus titulus & bona fides requiritur. l. nullo. C. de rei vend. l. vnic. C. de vsuca. transfor. sed creditor titulum iustum vel habilem ad vsucapiendum non habet. Deinde & possidentis pignus nulla potest esse bona fides; quia creditor scit se rem alienam possidere. Igitur cum creditor pignus non præscribat, ius offerendi ad liberandum pignus perpetuò debitori competit.

Secundò qui alieno nomine possidet, non præscribit. l. malè agitur. C. de præsc. 30. an. l. 1. C. Com. de vsucap. Ad præscriptionem enim requiritur, vt pro domino quis possideat, vt sibi non alij possideat. Sed creditor pro alieno possidet, non autem pro suo, ideoque non potest præscribere. l. pignori 13. ꝛ de vsucap.

Tertiò actio non potest tolli præscriptione, antequam nata sit, sed pignoratitia actio non nascitur tempore contractus aut conuentionis de pignore constituendo; verum tum demum, cum debitor pignus repignorauit, id est, creditori soluit aut satisfecit. l. si rem §. omnis ꝛ de pig. act. Igitur non prius præscribet creditor pignoratitiæ actioni, nisi postquam iam nata est, hoc est, vbi debitor soluit, aut satisfecit.

Obijciuntur huic enuntiato tria argumenta. Primum est ex l. cum notissimi. §. eodem. C. de præsc. 30. an. vbi statuitur, quòd iuri offerendi longissimo tempore præscribatur. Sed ille §. nihil aduersatur, quia hoc tantum dicit, quòd hypothecaria actio, quam posterior creditor contra priorem habet, longissimi tem-

poris

poris præscriptione tollatur: non autem tradit, quòd ius liberandi pignoris competens debitori præscriptione extinguatur.

Secundò opponitur l. nec creditores. & l. vlt. C. de pig. act. Verum istæ leges nihil obstant, quia loquuntur de nata iam pignoratitia actione: quam negant tolli longo tempore, vbi rectè eam longissimi temporis præscriptione consumi Ioannes affirmat. Verior itaque hæc est sententia, quòd ius luendi pignoris xxx. vel xl. annorum præscriptione non tollatur, quam fortiter defendit Rogerius in dialogo de præscriptione, contra Accursium, qui iuri offerendi putat præscribi xxx. annis. Eruditè Cuiac. ad l. pignori. ꝛ de vsucap.

Tertiò obijcitur, quòd debitor potuisset intra xxx. annos pignus luere, & sic pignoratitiam actionem sibi gignere. Hoc ergo cum non fecit, cum facillè facere potuerit, meritò ipsi præscriptio obstabit. Qui enim potest facere, vt possit parere conditioni, iam posse videtur: l. qui potest 174. de R. I. Resp. Non valet consequentia, vt ex simili colligi potest. Nam & filiusfam. facillè impetrare potest à patre, vt sibi agendi potestatem faciat de bonis aduentitijs, & tamen si filiusfam. hoc non fecerit, non propterea obstat ei agere volenti præscriptio: l. vnic. §. si. C. de anna. excep. Ergo multò minus debet obstare debitori, quòd intra xxx. annos pecuniam non soluerit, cum paratior plerumque sit agendi quàm soluendi facultas. Illud postremò adijciendum, quòd consuetudine Germania præscriptione centenaria, ius luendi, quod procedit ex pacto retrouentionis, extinguatur; sed ius luendi pignoris, quod competit debitori, semper durat, nec præscribitur vllò vnquam tempore. Ita seruatur passim in Germania, & iuxta hanc opinionem in Camera Imperij iudicatur. Wesem. cent. 1. cons. 2. & 8. Minf. cent. 1. Obs. 16.

ASSERTIO



## ASSERTIO V.

*Qui xxx. annis pensiones annuas non soluit, liberatur à præstatione præteritarum, non futurarum pensionum.*

**I**LLVSTRIS & in iudicijs admodum frequentata est quaestio, quomodo annuæ pensiones præscribantur: in quas tres præcipuæ & diuersæ interpretum opiniones reperiuntur, quas recenset gl. in l. cum notissimi. §. in ijs. C. de præf. xxx. an. Prima fuit Bulgari & Rogerij, qui putarunt in annuis præstationibus xxx. annorum spacio ius exigendi in totum tolli, quos sequuntur Accur. Bart. Iaf. & alij. Massue. in præf. tit. de præscript.

Secunda fuit opinio Martini, in d. §. In ijs, putantis singulorum annorum singulas esse præscriptiones, atque ita tam ex contractibus, quam legatis, præscribi xxx. annorum spacio præterlapsas, non etiam futuras pensiones: quem sequuntur Pet. de bella Pertica. Cynus, Salicet. & Fulgos.

Tertia fuit sententia Ioannis distinguentis annuas præstationes ex contractibus, ab ijs quæ ex legatis descendunt; in legatis, xxx. annorum spacio præteritas tantum pensiones præscribi, in contractibus verò vnam tantum præscriptionem sufficere, etiam quoad futuras pensiones. Quam opinionem sequuntur Azo & Balbus de præscrip. 4. par. 4. princ. in 4. quaest. princ. In hac opinionum diuersitate videtur probabilior Martini opinio, videlicet, quòd præscriptione xxx. annorum, pensiones præteritæ non futuræ præscribantur.

Confirmatur hæc sententia tribus potissimum argumentis. Primò per l. si vsusfructus. ꝛ. Qu. mo. vsuf. am. vbi dicitur, si alternis annis relictus sit vsusfructus, quòd huiusmodi legatum annuum non vtendo non amittatur: quia quilibet annus suum incipit vsusfructum, & in legatis annuis tot sunt legata, quot anni, & sic totidem actiones & præscriptiones: nec sufficit vnica præscriptio pro omnibus annis. Hæc est communis & receptior

receptior opinio, vt notat Guido Papæ quaest. 406. in decis. Gratianop. & idè in iudicando est sequenda.

Secundò probatur hæc opinio per tex. in d. l. cum notissimi. §. fin. vbi dicitur, in annuis præstationibus computari præscriptionem ab initio cuiusque anni. Deinde text. ibi æquiparat debita ex vltima voluntate & contractibus: itaque cum singulorum annorum sit vna & separata præscriptio, non potest vnica præscriptio pro futuris pensionibus sufficere. Et hæc sententia, quòd scilicet præscriptio annuarum pensionum ad futuras pensiones non extendatur, in Camera Imperij obseruatur, vnde ab ea recedere in foro non est tutum. Minf. cent. 3. Obs. 13.

Tertiò confirmat hanc sententiam, quòd tam in contractibus, quam vltimis voluntatibus, pro sequentibus annis, in annuis debitis est obligatio in diem vel sub conditione. l. si Stichum 16. §. 1. de ver. obl. l. 1. C. Quan. di. leg. vbi dicitur, quòd in annuis legatis ab initio cuiusque anni competit primum exigendi facultas. Ergo pro annis sequentibus ante diem obligationis non incipit currere præscriptio: quia quòd nondum existit, sed incerta conditione suspensum hæret, præscribi non potest: & actori non obstat præscriptio, nisi ab eo tempore quo agere potuit, & debitorem ad soluendum compellere. l. filiusfam. 11. ꝛ. de tute. & rat. distr. d. l. cum notissimi. §. illud. l. 1. in fi. C. de anna. excep.

Ad l. Eos. C. de vsur. qua traditur debitorem xxx. annorum præscriptione à sorte liberatum, ab vsuris quoque liberari; respondetur, quòd illa in vsuris, fructibus, & reliquis accessionibus loquatur, hæc autem in sorte & principali debito vera sunt. Cum enim obligatio vsurarum sit accessio seu sequela sortis siue principalis obligationis, sequitur quòd extincta principali obligatione sortis per præscriptionem xxx. annorum, extinguatur quoque obligatio accessoria vsurarum. l. cum principalis 178. ꝛ. de R. I. Diuersum obtinet in rebus annuis intra xxx. annos non solutis: tunc enim præteriti tantum temporis redditus, quorum respectu xxx. anni præterlapse sunt, peti & exigi non possunt: sed sequentium annorum redditus rectè petuntur: cum isti annui redditus tanquam principale debitum per se subsistant.



sistant. Costalius ad d. l. si usufructus. Bercholt. de vsur. c. 40.  
num. 38. 39. & 40.

## ASSERTIO VI.

*Personales actiones amittuntur xxx. annis, licet  
prescribens careat bona fide.*

**H**æc propositio iure civili est indistinctè vera, vt aliquis sit litium finis, & ne in incerto maneat rerum dominia. Wesem. ad tit. Si usufr. pet. Imò & iure Canonico hoc verius & probabilius esse defendit Costal. ad l. 6. de feru. urb. præd. Ratio est, quia ad præscriptionem actionum personalium non dispicitur factum possidentis, sed negligentia non vtentis seu agere cessantis sufficit: & præscriptiones longissimi temporis non respectu possidentium, neque considerato vtrum bonæ vel malæ fidei sint, sed in odium tantum agere negligentium sunt introductæ. l. vlt. C. de anna. exc. Probat hoc Bart. quoque in l. 4. §. si viam. de vsucap.

Obijcitur, quòd iure Canonico malæ fidei possessor nunquam præscribat. Resp. Hoc intellectum & rationem habet, in casibus, in quibus possessio & vsus præscribentis requiritur, non autem in ijs actionibus, quæ sola negligentia non vtentis amittuntur. Probat hoc exemplo seruitutum. In præscribenda libertate seruitutum urbanarum opus est factò præscribentis: vtputa qui debet vicini prædio seruitutem tigni immittendi, non aliter libertatem seruitutis præscribit, quàm si vicinus non habeat tignum immissum: & præterea requiritur, vt foramen in quod vicini tignum immitti solet, à domino prædij feruentis sit obstructum. l. hæc autem 6. de feru. urb. præd. l. et si fortè. §. i. Si ser. vend. Non amittuntur urbanæ seruitutes non vtendo, sed præterea factò eius opus est, qui seruit. Itaque tum demum amittuntur, cum is qui seruitutem debet, aliquid contra seruitutem agendo, prædij sui libertatem vsucepit. l. si quis alia. §. vlt. Quem. seru. amit. Igitur quia vsus & factum possidentis necessariò requiritur, debet habere præscribens.

bens bonam fidem, & existimare se suo iure vi. l. si ædes i. de fer. urb. præd. l. i. C. de feru. & aqu. l. si quis diurno. Si seru. vend. Contrà ad præscribendam libertatem à seruitute rustica satis est amittentem non vi, licet alter nihil faciat. Itaque quia per solam non vtentis negligentiam rusticæ seruitutes amittuntur, idè nec præscribentis bona fides requiritur. Quamobrem licet is cuius fundus debet seruitutem, dominum viæ vi expulerit, nihilominus longo tempore viam præscribet. l. 4. §. si viam. de vsucap. Vnde rectè colligitur, quòd in præscriptione actionum personalium mala fides non attendatur, eò quòd in præscriptione illarum nullum interueniat factum possidentis, sed tantum negligentia vtentis inspiciatur. Costal. d. loco. Illud postremò notandum, quòd licet præscriptio xxx. annorum in actionibus personalibus bonam fidem non requirat, tamen contra hanc præscriptionem datur restitutio in integrum ex capite ignorantia, ijs qui ius suum ignorantes sibi præscribi siuerunt: intra quadriennium à tempore scientiæ computandum. gl. in l. sicut. verb. militia. C. de præsc. 30. an. & in d. §. si viam. quod comprobat Wesem. conf. 5.

## ASSERTIO VII.

*Mala fides superueniens post impletam præscriptionem, non interruptit eam.*

**V**ETVS est quæstio, An si mala fides post completam præscriptionem superueniat, debeat res præscripta restitui. Et verior est sententia, quòd possit res præscripta retineri. Ita decidit Gl. in c. vigilant. ex. de præscrip. Et hanc sententiam communis DD. schola amplectitur, attestante Panor. in d. c. vigilant. Ratio est, quia legis auctoritate iam in eum translatum est dominium, & iustè possidet, qui legis auctoritate possidet. l. iustè. de acq. pos. Confirmatur & hæc thesis hac euidenti ratione, quia non potest dici in mala fide esse, cui superuenit scientia rei alienæ, completa iam præscriptione. Nam mala fides est scientia rei alienæ, sed res præscripta non potest



test dici aliena, postquam est præscripta, sed censetur propria præscribentis. Tertio confirmatur ista assertio tali ratione, quod lex vel Princeps ex iusta causa potest dominium auferre vni, & tribuere alteri, l. Lucius x1. ff. de euct. l. item verberatum. §. 1. ff. de rei vend. Si ergo Princeps domino inuito & non consentiente potest dominium rei suæ alicui ex legitima causa auferre, ergo cum similiter lex vel Princeps adijcit præscribenti dominium, non tenetur is qui legis auctoritate præscripsit, rem vsucapam restituere, quia non detinet alienum, sed quod auctoritate legis suum factum est. Non enim potest dici alienum, quod iure & ex ordinatione legis possidetur. c. quid dicam 14. q. 4. Lex nanque magis nostrarum rerum domina censetur, quam nos ipsi, vel vlli priuati domini, cum lex sit omnium rerum domina & regina. l. 2. ff. de legib.

## ASSERTIO VIII.

*In vsucapionibus dies captus pro completo habetur.*

**V**LPPIANVS in l. 6. ff. de vsucap. ita respondit: In vsucapionibus non à momento ad momentum, sed postremum totum diem computamus. Quibus verbis hoc significat IC. non computare nos in vsucapionibus tempus ab hora ad horam, vt necesse sit, qua hora quis coepit possidere & vsucapere, in eandem horam desinere vltimi anni diem, quo finiatur vsucapio, sed computare totum diem postremum: vt scilicet cum ad eum diem peruentum sit, quamuis coeptus tantum sit, non finitus, nihilominus completum censeatur vsucapiendi tempus. l. penult. ff. de diuer. temp. præscr.

Sed obstat huic sententiæ l. in omnibus 6. ff. de obl. & act. vbi sic statuitur: In omnibus actionibus temporalibus, nisi nouissimus dies totus compleatur, non finitur obligatio. Ergo actio in rem prioris domini non finietur quoque per vsucapionem, nisi nouissimo vsucapionis die completo. Resp. Istius legis definitio tantum de actionibus in personam scripta extat, & ad actio-

ad actiones in rem, quæ vsucapione perimuntur, nulla ratione pertinet. Quod verba legis euidenter demonstrant: nam lex ait finiri obligationem: atqui solæ actiones personales nascuntur ex obligatione, actio in rem minimè. §. 1. Instit. de actio.

Sed quæritur ratio diuersitatis, cur actiones personales non finiantur nisi nouissimo die completo, actio verò in rem finiat simul atque vsucapio ad nouissimum diem postremi anni peruenit, etiam si is dies nondum sit finitus. Dicendum, in vsucapione id receptum esse fauore bonæ fidei possessoris, vt qui vltimum diem triennij attigerit, vsucepisse dicatur. Econtra in præscriptione actionum personalium ideò dies de momento ad momentum computantur, quia ibi tantum attenditur negligentia creditoris cessantis actionem exercere, non fauor possidentis. Ideoque quia istæ præscriptiones actionum personalium sunt odiosæ, strictius sunt interpretandæ.

## ASSERTIO IX.

*Pignus à debitore creditori surreptum vsucapi potest, hypoteca non item.*

**D**OCET IC. Paulus in l. 4. §. si rem. ff. de vsucap. quod si debitor creditori rem pignori datam surripuerit, & vendiderit, nihilominus eam vsucapi posse. Concordat l. si rem 5. ff. Pro empt. Sed contrarius sibi ipsi est Paulus in l. vlt. ff. de vsucap. & cum illa lege congruit l. 6. C. de vsucap. pro emp. vbi deciditur, quod ad hoc vt pignus à debitore creditori surreptum & alteri distractum vsucapi possit, requiritur, vt prius peruenierit in potestatem creditoris.

In hac antinomia concilianda seruanda mihi videtur distinctio Cuiacij, tradita in d. §. si rem. quæ ita habet: Aut debitor creditori detinenti pignus surripuit & vendidit, & eo casu pignus ab emptore vsucapi potest. Ratio est, quia postquam furtum factum est, res redijt in potestatem debitoris, atque sic furti vitium purgatum est; & ita accipienda est d. l. 4. §. si rem. & d. l. si rem. Aut debitor pignus quod à creditore non tenebatur, alij



vendidit & tradidit; & hoc modo si furtum factum sit, res vsucapi non potest. Ratio diuersitatis est, quia postquam furtum factum est, res non redijt in potestatem debitoris, sed antè, vt non sit purgatum vitium, atque ita res quasi furtiua vsucapi non potest. Et hoc modo intelligi debet d. l. vlt. & l. 6. C. de vsucap. pro empt. Castrensis conciliat hasce leges hac distinctione. Aut per extraneum res pignori data surripitur, & tunc non vsucapitur, nisi perueniat in potestatem domini. Aut per ipsum dominum seu debitorem surripitur, & tunc non efficitur furtiua, ideoque nec opus est vt redeat in potestatem domini: quia satis censetur reuerfa, ex quo apud eum fuit. Ita accipienda est d. l. 4. §. si rem. Quod tamen ita procedit, vt respectu veri domini possit vsucapi, & contra ipsum dominum. Sed quantum ad hoc, vt possit vsucapi contra creditorem, & quoad ius hypothecæ, requiritur, vt reuertatur in potestatem creditoris, cui surrepta est res pignori data, & aliter non præscribitur. Ita intelligenda est l. vlt. §. de vsucap. Ita notat Castren. ad l. 4. §. quod autem. num. 4. §. de vsucap.

## ASSERTIO X.

*Res empta à furioso bona fide, vsucapi potest.*

**Q**VI ignorans rem emit à furioso, cum putaret eum sanæ mentis esse, possidet & vsucapit pro emptore. l. pignori 13. §. 1. §. de vsucap. Quæstionem mouebat, quòd vsucapio sine titulo non procedit: sed hic nulla censetur esse emtio, quia furiosi consentire non possunt: attamen vtilitatis causa hoc receptum esse, vt procedat vsucapio, tradit Paulus in l. 2. §. si à furioso. §. Pro empt.

Sed hic magna occurrit antinomia. nam in d. §. si à furioso, traditur, quòd ei qui ignorans emit à furioso, non competat Publiciana. Contrarium apertè deciditur in l. 7. §. Marcellus. §. de Publ. act. Resp. Stricto & summo iure nec Publiciana nec vsucapio competit ei, qui emit ignorans à furioso: quia cum nulla sit emtio, si merum ius spectemus, quæ contrahitur

cum

cum furioso, nec competit Publiciana, nec vsucapio procedit. Sed tamen vtilitatis causa, id est, ex æquitate contra ius strictum hoc receptum est, vt sit locus vsucapioni, & competat Publiciana: nam emtio qua mero iure non valet, æquitatis causa consistere intelligitur. Duare. ad tit. de vsucap. c. 2.

## ASSERTIO XI.

*Vsucapione pignus non extinguitur.*

**Q**UOD vsucapione non extinguatur ius pignoris, disertè affirmatur in l. 7. C. de pigno. & in l. iusto. §. non mutat. §. de vsucap. Exempli gratia. Fundus quidam à debitore pignori obligatus erat: alius quidam extraneus eum à non domino bona fide emit, eumque decem annis possedit & vsucepit. Quæritur an ius pignoris vsucaptum sit? Et deciditur, quòd ius pignoris vsucapione non extinguatur. Licet enim possessor contra dominum & debitorem acquisiuit dominium vsucapione; tamen nihilominus creditori salua manet persecutio pignoris aduersus hunc, qui vsucepit dominium pignoris. Ratio decidendi redditur in d. §. non mutat, quia pignoris persecutio nulla societate cum dominio iungitur; id est, non sic pignus iungitur dominio, vt necesse sit eum qui dominus sit, ius pignoris in eadem re habere. Imò horum contraria inter se est natura. Qui enim dominus est, ius pignoris in eadem re habere non potest, cum pignus rei suæ non consistat. l. neque pignus 45. §. de R. I. Ideoque qua ratione fit, vt debitor amiserit dominium vsucapione, eadem fit in contrarium, ne creditor eiusdem rei pignus amittat.

Obijcitur l. 1. & 2. C. Si aduer. credi. præscrip. vbi dicitur, creditori pignus suum persequenti obstare præscriptionem longi temporis. Resp. Quod dicitur vsucapione pignus non extingui, hoc ita intelligendum est, quòd solius debitoris silentium, quo ipse passus est rem suam vsucapi, creditori non noceat ad pignus extinguendū. Licet enim debitor, qui sicut longo tempore, cum res sua vsucaperetur, amittat rei suæ dominium,



nium, tamen hoc factum non nocet creditori, dummodo creditor non cessauit longo tempore pignus persequi. Cæterum si creditor etiam per decem vel viginti annos cessauit in perfectione pignoris, præscriptio longi temporis pignus ei postea persequenti obstabit. Quod ergò dicitur in d.l.1. & 2. creditori obstare præscriptionem longi temporis in perfectione pignoris, hoc intelligendum est non de longo silentio debitoris, sed creditoris, quòd scilicet præscriptione longi temporis actio hypothecaria extinguatur, si creditor x. vel xx. annis, ex quo res sibi pignori obligata est, cessauit ius suum persequi. Donel. lib.5.com. c.29. & ad d.l.7. C. de pigno.

## ASSERTIO XII.

*Sine possessione, eaque continua, non procedit vsucapio.*

**C**OMPROBATVR hæc assertio apertè in l. sine 25. ñ de vsucap. Cui concordat c. sine. de R. I. in 6. Ratio assertionis est, quia causa vsucapionis est possessio, cum vsucapio nihil aliud sit quàm capio, id est, acquisitio per vsum, id est, possessionem. l. quæstio 115. ñ de V. S. Vnde nisi integra & continua sit causa, effectus perfici non potest.

Obijcitur primò, quòd hereditas iacens, hoc est, quæ nondum est adita, non possidet, quia non habet animum, per quem ciuilitè possidetur, & factorum est incapax. l. 1. §. Scauola. ñ Si quis test. lib. esse ius. & tamen coeptam à defuncto vsucapionem complet. l. coeptam. 40. l. iusto 44. §. nondum. ñ de vsucap. Resp. Hoc singulari iure & utilitatis causa receptum est, quòd scilicet hereditas iacens tantisper defuncti personam sustinet, l. hereditas 34. ñ de acqu. re. do. fingiturque hereditas eo respectu qualem qualem possessionem non verè, sed iuris interpretatione habere, ac proinde inchoata à defuncto vsucapio poterit iacente hereditate compleri, modò non fuerit possessio medio tempore ab alio occupata. l. possessio. 20. ñ de vsucap.

Secundò aduersatur quòd Labeo respondit in l. rerum 30. §. Labeo.

Labeo. ñ de vsucap. si is cui ad vsucapionem columnarum vel tegularum x. dies superessent, eas in ædificium contulit, eum nihilominus vsucapturum, licet paucissimis istis diebus ceciderit possessor à possessione. Resp. Non omninò fuit ibi amissa possessio: nam qui tignum ædibus suis iungit, quodammodò possidet, non quidem distinctè & seorsim, sed confusè & vniuersaliter ratione totius, quod utique possidetur.

## ASSERTIO XIII.

*Minimè probandum ~~Ordinarium debere iudicis delegati sententiam exequi, etiamsi sciat illam esse iniustam.~~*

~~Ordinarium debere iudicis delegati sententiam exequi, etiamsi sciat illam esse iniustam.~~  
**N**os solidis rationibus & argumentis defendemus, Ordinarium nõ teneri exequi sententiam iniquam iudicis delegati, sed potius ei resistere posse. Primò iudex est DEI minister in terris, & eius iudicium censetur prodire de vultu DEI. c. vt nostrum. de appel. Ergo tamdiu delegatus est minister DEI, quàm diu iustitiam tuetur. Hinc præcipitur iudici, vt iustitiam & iudicium faciat, & liberet vi oppressum de manu calumniantis. Ierem. 22. Quando ergo iudex iniustè agit, facit vt priuatus, & potest ei resisti, sicut cuilibet priuato violenter iniuriam inferenti. Maran. disp. 1 num. 17.

Secundò pro hac sententia facit §. deinde. No. de manda. princ. vbi mandat Imp. iudicibus, ne permittant Principis officiales ex aula venientes subditos lædere, vel aliquid iniustè exequi, sed eos puniant, si quid tale fecerint.

Tertiò quando magistratus aliquid exequitur contra ius, potest ei violenter resisti etiam à priuato. l. prohibitum. l. defensionis. C. de iu. fil. lib. 10. l. omnes. C. de decu. lib. 10. l. his quidem. C. Qui milit. pos. lib. 12. l. deuotum. C. de meta. lib. 12. l. quoniam. C. de appel.

Quartò & vltimò quando magistratus facit aliquam executionem iniustam & à iure prohibitã, dicitur violentiam inferre,



l. plerique. *¶* de in ius voc. Vnde eodem modo dicendum est in casu proposito, quod iudex iniuste exequens vim inferat, & merito sibi possit violenter resisti.

Non obstat quod delegatus Principis in causa sibi commissa dicatur maior quocunque ordinario iudice, c. sane quia. de off. deleg. Inferior autem iudex non potest cognoscere de viribus sententiae superioris, quia intelligitur maior solum respectu negotij sibi commissi: sed per Principem censetur commissum, ut iustitiam faciat. c. cum aeterni. de re iud. in 6. Vnde quoties contra leges iudicat, toties licite ei potest resisti, quia facit & procedit extra commissionem suam.

Secundo non obstat l. aduersus. C. Si adu. rem iud. quae soli Principi defert potestatem sententias sui delegati infringendi: quia ibi loquitur Imp. de restitutione in integrum, quae indicat sententiam valere: nam si esset sententia ipso iure nulla non opus esset restitutionem petere. Vnde iudex non potest rescindere sententiam delegati a Principe, quae valet summo iure, sed solus Princeps audiendus est, nisi contingeret manifestam iniquitatem: vel vult exequi in casu sibi non commisso, quibus casibus posset etiam resisti delegato Principis per iudicem ordinarium. Maran. d. disput. 1. num. 41.

Ultimo non obstat, quod dicitur in l. 1. §. idem Pomponius *¶* Quod fal. tut. auct. quod auctoritas iudicis faciat licitum, quod alias erat illicitum. Quia hoc verum est, quando interponitur iudicis auctoritas secundum ius, & iuris ordine seruato: alias nihil operatur factum iudicis. Maran. d. loco.

## ASSERTIO XIV.

*Sententia ex falsis instrumentis vel testibus lata, non est ipso iure nulla, sed ope restitutionis in integrum rescinditur.*

**C**UM sententia ex falsis instrumentis vel testibus est pronuntiata, illud refert, vtrum contra absentem, an contra praesentem sit prolata. Priore enim casu sententia ipso iure nulla est, l. si praetor. vers. Marcellus. *¶* de iudic. l. si quis. *¶* ad l.

ad l. Corn. de fals. Si quis (ait) obrepserit Praesidi prouinciae, tam per acta, quam libelli interpellationem, nihil agit. Quibus verbis significatur, sententiam ipso iure nullam esse. Posteriore vero casu sententia ex falsa suggestione vel falsis probationibus contra praesentem lata, remedio restitutionis in integrum rescinditur. l. Diuus. *¶* de re iud.

Obijcitur l. qui agnitis. *¶* de excep. vbi deciditur ex sententia, lata ex falsis instrumentis, non competere rei iudicatae exceptionem: Vnde colligitur, talem sententiam ipso iure inuvalidam esse. Resp. Hoc tum demum verum est, si detecta prius falsitate per restitutionem in integrum, sententia ex falsis probationibus lata fuerit rescissa. Quae responsio probatur ex d. l. qui agnitis, vbi cum Modestinus scribit nullam competere exceptionem rei iudicatae ex sententia lata ex falsis instrumentis, subiungit rationem, quia principalibus constitutionibus definitum est, sententiam ex falsis instrumentis latam retractari. Itaque dum refert se I C. ad principalem constitutionem, quae extat in d. l. Diuus, eaque restitutionem in integrum requirit, vt sententia ex falsis probationibus lata rescindatur, debet quoque d. l. qui agnitis, ex d. l. Diuus, declarari, cum eius constitutio a Modestino in d. l. qui agnitis, referatur. Hanc solutionem probat & tuetur Menoc. in arbitr. iud. lib. 2. cent. 1. casu 15. Porro haec doctrina limitatur in sententia lata contra minorem 25. annis ex falsis allegationibus, hic enim ipso iure absque restitutione in integrum, sola falsitate detecta, sententiam nullam dicere potest, propter fauorem aetatis: l. 1. C. Si tut. vel cura. ex fals. alleg. Ita communiter tradunt D D. in d. l. Diuus.

## ASSERTIO XV.

*Sententia nec pro furioso, nec contra furiosum dicta valet.*

**Q**VAERITVR, an valeat sententia pro furioso dicta. Et quidem certum est, sententiam contra furiosum latam non valere, quia sententia contra absentem dicta non valet. l. de vnoquoque 47. *¶* de re iud. l. 4. C. Quom. & quan. iud. At



qui furiosi pro absentibus habentur, quia etsi corpore sint presentes, animo tamen absunt. l. 2. §. penul. §. de iur. codicil. l. ubi non voce 124. §. de R. I.

Sed dubitatur, an sententia pro furioso dicta valeat. Et ait Iulianus in l. 9. §. de re iud. ne quidem furioso dictam sententiam valere. Ratio decidendi est, quod solennis ordo iudiciorum, qui dicitur, ut coram ambobus litigatoribus sententia feratur, seruandus est. l. prolatam. C. de senten. Accedit & hæc ratio, quod furiosus contrahere non potest, ergo nec quasi contrahere. l. in negotijs 5. de R. I. l. qui ad certum 14. §. loca. Atqui per sententiam quasi contrahitur. l. 3. §. idem scribit. §. de pecul. Quando enim partes acquiescunt sententiæ, tunc perinde est, ac si ita contraxissent. Præsente tamen curatore rectè pro furioso contrahitur sententia. l. sed & interpellatur 49. §. de rec. arb.

Duo opponuntur huic decisioni. Primum est, quod sententia pro minore xxv. annis absente & indefenso lata valet. l. non eo minus 14. C. de procur. Ergo idem in furioso dicendum videtur, quia furiosus comparatur minori, l. Fulcinius. §. planè. §. Ex qu. cau. in poss. Resp. Idè valet pro minore lata sententia, quia habet intellectum, & sic est capax huius quasi contractus: quod in furioso dici non potest, qui omni caret intellectu. Bart. in d. l. furioso.

Secundò opponitur l. si à furioso 23. de obl. & act. & l. si à furioso 23. de reb. cred. ubi furioso actio mutui acquiritur, si alius eius nomine mutuam pecuniam dederit. Vnde idem dicendum videtur in sententia, quia iudicio quasi contrahitur. Resp. Hoc singulare est in mutuo, ut furioso acquiritur obligatio mutui, sicut ex eadem causa absenti quoque & ignoranti acquiritur, quia magis ex interuentu rei seu numeratione pecuniæ, quàm ex consensu hæc nascitur obligatio. Zazius ad d. l. 9.

## ASSERTIO

## ASSERTIO XVI.

*Index iuxta litigatorum conventionem*

*sententiam ferre debet.*

**T**RADITVE hæc assertio in l. si conuenerit 26. §. de re iud. ubi Ulpianus scribit, si conuenerit inter litigatores quid pronuntietur, non abs re erit iudicem huiusmodi sententiam proferre. Cum enim pertineat ad iudicis officium, lites diminuere, & finem illis quam celerrimè imponere, l. quidam. §. Si cer. pet. æquissimum est iudicem voluntatem litigatorum sequi in ferenda sententia. Exemplum peti potest ex l. iudicem. 22. §. Com. diuid. ubi dicitur, iudicem in prædijs diuidendis, quod omnibus utilissimum est, vel quod malint litigantes, sequi conuenit. licet enim regulariter res omnes veniant in iudicium communi diuidendo, si tamen inter socios conuenit, res aliquas non diuidi, iudex eam conventionem in ferenda sententia sequetur. l. in iudicium 13. §. eo. Aliud exemplum traditur in l. si quis crediderit 29. §. de pact. ubi dicitur, si debitor conuenit cum creditore, ut non in solidum communiatur, sed tantum in id quod facere potest, iudicem hanc conventionem in pronuntiando exequi debere.

Sed cum d. l. si conuenerit, acriter pugnat l. qualem 19. §. de recep. arb. ubi dicitur, non valere conventionem litigatorum, ut arbiter certam, & à litigantibus præscriptam dicat sententiam. Resp. Aliud est in arbitro compromissatio seruandum, aliud verò in iudice. Arbiter non tenetur dicere sententiam, quæ illi à partibus præscripta est. Ratio est, quia arbiter debet habere liberam facultatem pronuntiandi quod sibi videtur. Quod patet ex etymo vocabuli. Arbiter enim ille dicitur, qui ex arbitrio suo, hoc est, libera voluntate pronuntiat. Seneca lib. v. de benefic. Arbitri libera nullisque adstricta vinculis est religio: non prout lex, sed prout humanitas impulit, iudicat. Vnde dicitur in d. l. 19. quod arbiter debet ferre sententiam quæ sibi videtur. Vnde & stari debet sententiæ arbitri, siue



iuste siue iniuste pronuntiauit. l. diem. §. stari. ff. de arbit. Iudex vero tam liberam & amplam non habet in iudicando potestatem: unde valet conuentio partium, vt iudex certam ferat sententiam. Adde quod ista sententia arbitri, qua secundum conuentionem litigatorum pronuntiat, nullam adfert utilitatem: quia ex sententia arbitri nulla datur actio iudicati, sed metu poenae tantum ei paretur. l. i. C. de rec. arb. Ita tradunt Bart. Castr. Zaz. & Duare. ad d. l. 26.

ASSERTIO XVII.

*Sententia ita prolata, Condemno Titium in petitis, si probatum est eum debere, inualida est.*

**Q**UOD sententia hæc, Condemno Titium in decem, si probatum est eum debere, inualida sit, firmis rationibus & argumentis probatur. Primum ex eo, quod sententia definitiua dici non potest, quæ nullum finem imponit controuersæ. l. i. ff. de re iud. Talis autem est hæc sententia, quia rem indecisam relinquit, perinde ac si lata non esset.

Secundò confirmatur hæc ratio, quod ad iudicis officium pertinet, vt certam sententiam proferat, licet de incerta quantitate actum sit. §. curare. Inst. de act. Vnde non valet sententia, qua iudex pronuntiat, vt Reus quæ bona fide accepit, soluat, sed certam quantitatem in sententia exprimere cogitur, in quam Reum condemnet, l. ult. C. de sent. quæ sine cer. quant. Tertiò huc pertinet, qualem 19. §. 1. ff. de arbit. vbi dicitur, iudicem ita pronuntiare debere, vt secundum id litigantes à tota controuersia discedere velit. Denique hæc sententia alijs duobus textibus comprobatur: scilicet per l. quid tamen, §. Pomponius ff. de arbit. vbi dicitur, inutiliter arbitrum incertam sententiam dicere, vtputa, Quantum ei debes, redde. Atqui non certior est sententia, si iudex dicat, Si probatum est te decem debere, solue: vtraque enim sententia aliam expectat. Similiter in l. in sententijs 59. §. qui sortis. ff. de re iud. tradit Vlpia. non valere hanc sententiam, Condemno te in vsuras, si competunt

petunt vel debentur; quia non videtur de vsuris iudex cognouisse.

Bartolus tamen contrariam sententiam tenet in l. ait Prætor. §. 1. ff. de re iud. & defendit hanc sententiam valere, Condemno te, si est probatum.

Contra hanc assertionem Bartolus pro sua sententia adfert d. l. ait Prætor. §. 1. vbi dicitur, valere hanc sententiam, Condemno Reum, vt quod accepit ex testamento Mæuij, restituat, quod perinde est, ac si diceret, Condemno eum in id, quod est vel erit probatum eum habuisse ex testamento Mæuij. Resp. Ideò iudex ibi ita rectè pronuntiauit, quia certam quantitatem nominasse censetur, quæ testamento vel codicillis expressa erat. Per relationem enim ad testamentum vel codicillos, sententia fit certa.

Secundò aduersatur d. l. in sententijs. 59. in princ. vbi dicitur, valere sententiam ita latam, solue quod petitum est. Resp. Ea sententia valet quia ex formula libelli & petitionis cognosci potest & certificari hæc incertitudo. Maior autem est incertitudo probationum, quam petitionis libello comprehensæ, quia an aliquid probatum sit, vel non, incertum est: pender enim ex arbitrio iudicis, quanta fides sit adhibenda testibus. l. 3. vers. tu magis. ff. de testib. Sed petitionis certa & liquida definitio facilè ex formula libelli demonstrari potest. Falsa est ergo opinio Bartoli, existimantis valere hanc sententiam. Condemno te, si probatum est. Ita tradunt Duare. ad d. l. ait Prætor. §. 2. Sarmientus lib. 1. select. interpretat. c. 13.

ASSERTIO XVIII.

*Sententia non retractatur propter instrumenta de nouo reperta.*

**Q**UOD propter nouiter reperta instrumenta tam sententia, quam transactiones retractari non possint, decisum est in l. sub prætextu 19. C. de trans. l. sub specie 4. C. de re iud. Ratio est, quia res iudicata habetur pro veritate, propter publi-



publicam iudiciorum auctoritatem; & sententiarum à iudice  
latarum hic est effectus, vt per eas finis imponatur controuer-  
fiar. l. res iudicata 207. de R. L. l. 1.  $\bar{n}$  de re iud. Vnde non debent  
res semel iudicatae propter probationes de nouo repertas retra-  
ctari, vt sit aliquis litium finis.

Obijcitur l. admonendi 31.  $\bar{n}$  de iureiur. vbi sententia lata ex  
iureiurando suppletorio, praestito propter defectum probatio-  
nis à litigantibus, retractatur, si aduersarius noua instrumenta  
se inuenisse dicat, ex quibus apparere possit veritas. Resp. Ideò  
sententia lata ex hoc iureiurando retractatur praetextu nouo-  
rum instrumentorum, quia in causa dubia seu ob defectum  
probationis lata est. Ergo cum appareat postea per instrumenta  
de nouo reperta veritas, meritò ea admittetur. Accedit & altera  
ratio, quòd iuramentum est priuilegiata & imperfecta probatio,  
quia hoc iuramentum facit partem iudicem & testem in propria  
causa. l. vlt. C. de fideicom. Vnde non est tantae efficaciae sen-  
tentia ex iureiurando litigatoris prolata, vt propter instrumenta  
de nouo reperta non retractetur: quia facilius ea quae sunt iuris  
specialis, quam quae sunt iuris communis, tolluntur. l. eius mi-  
litis. §. vlt.  $\bar{n}$  de mil. test.

Secundò obijcitur, quòd in negotio publico permittitur ex  
integro de causa agi aduersus rem iudicatam ex instrumentis  
postea repertis. l. Imperatores 35.  $\bar{n}$  de re iud. Resp. Hoc spe-  
cialiter fauore fisci vel Reipub. est introductum, vt fiscus pro-  
pter instrumenta de nouo reperta, possit retractare sententiam,  
qua reus fuit absolutus, vsque ad triennium; & si interuenit fraus  
vel praeuaricatio aduersarij, etiam post triennium. l. vnic. C. de  
sent. con. fisc. lat. lib. x. Est ergo Respublica in hoc priuilegia-  
ta, quòd sententia contra illam lata propter instrumenta de no-  
uo reperta retractetur. In priuatis verò personis hoc iure non  
vtilitur. Hoc autem priuilegium quod competit Reipub. etiam  
Ecclesiae & pupillo tribuitur. Respublica enim seu fiscus, pupil-  
lus & Ecclesia pari passu ambulant, iisdem fauoribus & priuile-  
gijs gaudent, l. Rempublicam. C. de iur. Reipub. lib. ii. §. fini-  
mus. No. de non alienan. aut perm. reb. Eccl. c. i. ex. de rest.  
ia int. Gl. in d. l. sub specie.

Tertiò

Tertiò obstat, quòd in criminalibus causis sententia retra-  
ctatur, si de innocentia damnati ad mortem ex probationibus  
postea repertis appareat. l. Diui 27.  $\bar{n}$  de poen. Resp. Eo in casu  
non nisi per restitutionem in integrum succurritur damnato,  
quam solus Princeps potest indulgere; non verò iudex qui sen-  
tentiam tulit, contra rem iudicatam litigantem restituere potest.  
d. l. Diui. l. i. §. vlt.  $\bar{n}$  de quæst. quia iudex sententia semel la-  
ta definit esse iudex, & omnem iudicandi potestatem deponit.  
l. iudex 55.  $\bar{n}$  de re iud.

## ASSERTIO XIX.

*Iudex potest interlocutoriam sententiam mutare &  
rescindere, non verò definitiuam.*

**T**RADITVR hæc assertio expressè in l. quod iussit 14. l.  
Paulus 42. l. acta 45. l. cum quærebatur 62.  $\bar{n}$  de re iud.  
l. i. C. Quan. prouo. non est neces. l. Diui 27.  $\bar{n}$  de  
poen. Ratio diuersitatis est, quia iudex post latam sententiam  
definitiuam amplius iudex non est, & sic sententiam suam cor-  
rigere non potest. l. iudex 55.  $\bar{n}$  de re iud. Interlocutoria verò  
sententia reuocari potest ab eo qui eam tulit, quia iudex qui in-  
terlocutus est, adhuc iudex manet vsque ad sententiam defini-  
tiuam. d. l. quod iussit.

Obijcitur l. siue pars. C. de dilat. vbi dicitur, quòd dilatione  
data à iudice, eius officium quiescit. Igitur non potest dilatione  
pendente vel finita, quam dedit per interlocutoriam senten-  
tiam, aliam concedere. Resp. Potest iudex ex iusta & legitima  
causa dilationes datas prorogare & ampliare, quoties scilicet  
iusta causa aliqua hoc suadet. l. qualem 19. in fi.  $\bar{n}$  de rec. arb.  
Sed sine iusta causa dilationes semel datas iudex ampliare non  
potest. l. i. C. de dila. l. 2.  $\bar{n}$  de re iud.

Secundò aduersatur l. quod semel.  $\bar{n}$  de decre. ab ord. fa.  
vbi dicitur, quòd semel ordo decreuit, id mutare non potest.  
Resp. In eadem lege subiungitur, posse ex iusta causa decretum  
semel latum etiam à iudice reuocari & mutari.

Kkk

Contra



Contra posteriorem partem assertionis pugnat l. si præses. & l. si vt proponis. C. Quom. & quan. iud. vbi iudex sententiam semel à se latam sine appellatione rescindit. Resp. Illæ leges accipiendæ sunt, quando sententiæ sunt ipso iure nullæ, vt pote quæ latæ sunt diebus feriatis, vel contra minores indefensos: hæ ab ipso iudice, qui eas protulit, emendari & mutari possunt. Aliud dicendum est, si sententiæ sint validæ & perfectæ, hæ enim à iudice eodem mutari & rescindi non possunt. Bart. & Castren. in d. l. quod iussit.

## ASSERTIO XX.

*Pactio beneficio cessionis bonorum renuntiare non potest.*

**Q**UOD per pactum renuntiare non possit beneficio cessionis, crebrior est DD. sententia, quam sequitur Bart. in l. alia. §. eleganter. ¶ Solu. matr. arg. illius §. vbi traditur, quod maritus renunciare non possit priuilegio, quod habet, ne teneatur ultra id quod facere potest; quia id pactum est contra bonos mores. Similiter quoque hoc pactum quo quis renuntiat cessionis bonorum, est contra bonos mores, quia per id pactum obligat quis se ad carceres: carcer autem est species seruitutis, & mala mansio. l. 2. ¶ de lib. ho. exhib. At homo liber se ad seruitutem obligare nequit, quia seruitus morti comparatur. Hanc opinionem defendunt Accur. in Auth. Imò. C. de obl. & act. Bald. in §. vlt. Inst. de actio. Salicet. in l. i. C. Qui bo. ced. pos.

Obijcitur primò, quòd quilibet potest beneficio & fauori pro se introducto renunciare. l. pen. C. de pact. l. pactum 46. ¶ de pact. Resp. Ideò huic beneficio non licet renunciare, quia pactum hoc est contra bonos mores, quo quis se ad seruitutem vel carceres pro debito ciuili obligat. arg. l. ob æs. C. de obl. & act. pacta verò quæ contra bonos mores sunt, nullius sunt momenti.

Secundò obijcitur l. sacrilegi 9. §. vlt. ¶ Ad L. Iul. pecul. vbi

vbi debitoris Reipublicæ corpus detineri potest in carcere, donec satisfaciatur. Item obstat l. 2. C. de exact. tribu. lib. 10. vbi dicitur, quòd pro debito Reipublicæ potest quis detineri in libera & militari custodia. Resp. Id specialiter concessum est in debitoribus Reipub. vt propter debita publica in custodia detineantur, quia interest Reipub. vt promptè & celeriter debita & tributa ciuitati seu fisco soluantur, quibus opus habet ad onera Reipub. sustinenda.

Tertiò obstat l. vlt. §. vlt. ¶ Quæ in frau. cred. vbi qui bonis exutus est, vel bona sua ita alienauit & disperdidit in fraudem creditorum, vt nulla ratione recuperari possint, tenetur ad pœnam, scilicet carceris. Resp. limitatur prædicta assertio in eo qui dissipauit omnia bona sua in fraudem creditorum, vel spe cessionis bonorum: hic enim non gaudet beneficio cessionis. l. si quis dolo 51. in princ. ¶ de re iud. Cuiac. lib. Obs. 12. c. 5. Quando itaque quis dolo fecit, vt esset non soluendo, potest detrudi in carcerem, & extra ordinem puniri. l. ob foenus 49. ¶ de adm. tuto. l. quòd si minor 24. §. si quis seruus. ¶ de mino.

Quartò opponitur l. pen. ¶ de iu. dot. vbi debitor qui tempore contractus sciebat se esse non soluendo, in solidum tenetur, nec gaudet beneficio in quantum facere potest. Ergo nec cedere bonis potest; sed incarcerandus est, donec solidum debitum soluat. Resp. In eo casu quoque assertio limitatur, quia debitori qui tempore contractus sciebat se non esse soluendo, non competit beneficium cessionis, eò quòd animo & intentione fraudandi creditores suos contraxit; ac proinde hoc casu valet pactum, quo renuntiat beneficio cessionis.

Quartò obstat l. obsides. ¶ Qui test. fa. pos. & l. Diuus ¶ de iu. fil. vbi obsides possunt se dare ad custodiam vel carcerem, donec captiuus pro quo obstringuntur obsides, se redimat, & lytron promissum exoluat. Resp. Hoc fieri iure belli & captiuitatis, vt commercia & contractus inter hostes, quibus etiam fides data seruanda est, tutius expediri & celebrari possint: sed extra eum casum, nemo potest se pro debito ciuili obligare ad carceres. d. l. ob æs. & Auth. seq. C. de obl. & act. Atque hæc est communis DD. sententia, pacto non posse renunciari bene-



ficio cessionis bonorum, quia contra id quod lex vetat, pacisci nullo modo licet. leges autem prohibent aliquem ob debita seruire creditori: ergo & incarcerari vetant, quia carcer est species seruitutis, l. 2. §. de lib. ho. exhib. Idque etiam confirmatur arg. No. 134. cap. 9. vbi Iustinianus prohibet liberos debitorum vel ipsos debitores seruire creditoribus. Ideoque à recepta Doctorum sententia non est recedendum. Pacius ad l. ob æs. 12. C. de obl. & act.

## ASSERTIO XXI.

*Si dominus fundi, armatos homines, quos ad se venientes videbat, extimuerit, atque ita profugerit, vi deiectus censetur.*

**H**ANC decisionem aperte & euidenter tradit Iulianus in l. non solum. §. si dominus. §. de vsucap.

Cum qua pugnat grauius l. 3. §. si quis autem. §. de vi & vi arm. & l. metum 9. §. 1. §. Quod met. cau. vbi dicitur, non censi vi deiectum eum, qui audito rumore, quod homines armati ad fundum suum venirent, profugit. Ideoque nec interdictum vnde vi illi competit, sicut nec actio quod metus causa, quia vi deiectus non est. Si tamen forte verum audierit, & venerint postea armati homines, & possessionem apprehenderit, tunc vi deiectus censetur, & interdicto vnde vi, sicut & actioni quod metus causa locus erit. d. l. metum. §. 1. l. 1. §. idem Labeo. §. de vi & vi arm.

Resp. Distinguendum est inter eum, qui audiuit homines armatos ad fundum suum venientes, & eum qui vidit. Qui homines armatos ad fundum suum tendentes vidit, atque profugit, vi deiectus videtur, etsi illi armati milites possessionem non occuparint. d. §. si dominus. Qui verò audiuit solum homines armatos venire ad vim faciendam, non aliter vi deiectus intelligitur, quam si ipsi possessionem occupauerint. d. l. metum 9. §. 1. d. l. 3. §. si quis autem. Ratio diuersitatis est, quia oculi magis quam aures nos mouent & perterrefaciunt. Ita hæc conciliat Cuiac. ad. d. §. si dominus.

## ASSERTIO XXII.

*Vtile interdictum Saluianum datur creditori, contra quemlibet debitorem, qui res suas pignori obligauit.*

**A**N cuilibet creditori contra debitorem res suas oppignorantem detur Saluianum interdictum, controuersa inter DD. est quæstio. Sed tamen verior & probabilior est sententia, quod creditori ad adipiscendam possessionem rerum cuiuscunque debitoris pignori obligatarum, vtile Saluianum interdictum competat. Quod probat l. 1. C. de preca. & Salu. interd. vbi dicitur, contra quemlibet debitorem, siue de rebus quorumcunque debitorum pignori obligatis, interdictum Saluianum competere. Hanc sententiam amplectitur Bart. in d. l. 1. & l. 1. §. de Salu. interd. quem sequuntur Wesem. in parat. eo tit. & Cuiac. in parat. C. eo. & ad sent. Pauli, lib. 5. tit. 6. A qua sententia dissentiunt Donel. C. eo. tit. num. 3. & Meno. remed. 3. adipif. poss. num. 21.

In contrarium facit §. interdictum. Inst. de interd. item l. 1. & 2. §. de Salu. interd. vbi traditur, interdictum Saluianum dari domino fundi, ad persequendam possessionem rerum coloni, quas pro mercede fundi oppignorauit. Vnde videtur tantum hoc interdictum dari creditori habenti hypothecam ex causa locationis, non verò cuilibet creditori habenti hypothecam ex alijs causis.

Resp. Directum interdictum Saluianum datur tantum locatori rustici prædij contra colonum, quia de hoc debitore interdictum nominatim loquitur. Vtile autem datur ex interpretatione, etiam locatori prædij vr bani, contra inquilinum, pro rebus inuectis & illatis expressè pignori obligatis pro pensione domus locata. Imò datur quoque vtile interdictum Saluianum ex interpretatione cuilibet creditori, non tantum contra debitorem, qui ex qualibet causa res pignori obligauit, sed & contra quemlibet etiam extraneum possessorem rerum debitoris pignori obligatarum. d. l. 1. in princ. §. de Salu. interd. & l. 1. C. eo. Wesem. d. loco.



## ASSERTIO XXIII.

*Reus non tenetur satisfacere in interdicto Vti possidetis, quòd in futurum actorem non turbabit.*

**T**RIA in interdicto Vti possidetis, ab actore petuntur. Primò vt reus desistat à turbatione præsentis. Secundò, vt in futurum non turbet. Hoc est, quòd dicit I C. in l. 1. §. Vti possid. Quominus ita possideatis, vim fieri veto. Tertio vt omnia bona ablata, damna illata, & fructus perceptos restituat. Adijciunt & quartum DD. posse petere actorem in hoc interdicto, vt reus caueat, quòd in futurum eum non sit turbaturus, tenerique reum hanc satisfactionem præstare. Bart. in l. 1. §. pen. §. Vti poss. Duare. lib. 1. disp. c. 21. Quòd licet communi DD. calculo probetur, tamen legibus & iuri non est consentaneum.

Contra hanc assertionem pro communi sententia obijciuntur primò l. harum 7. & l. egi 12. §. Si seru. vend. & l. pen. §. de aqu. quo. & æst. vbi dicitur, siue agatur pro seruitute vendicanda confessoria actione, siue interdicto aliquo, tenetur victus cauere aduersario, se non impediturum eum in posterum in usu seruitutis. Resp. Illa cautio in seruitutibus exigitur à victo, non autem in controuersijs rerum corporalium talis cautio postulat. Ratio diuersitatis est, quia nihil est in seruitutibus, quòd victus restituat corpore; seruitutum enim nulla est possessio. l. vlt. §. de seruit. Ideoque requiritur à victo cautio, quæ est pro seruitutis restitutione, sed in rebus corporalibus rei ipsius possessio restitui potest; qua restituta, frustra aliud exigitur, quòd restitutionis vice fungatur.

Secundò grauiter aduersatur l. vnic. C. Vti poss. vbi dicitur, quòd in interdicto vti possidetis, pronuntiat iudex, ne vis fiat possidenti, ac deinde satisfactionis, vel transferendæ possessionis seruata forma, de proprietate cognoscit. Quibus verbis videtur contineri, quòd victus hoc interdicto debeat satisfacere aduersario, quòd eum in posterum nõ turbabit in sua possessione. Sed

Sed illa interpretatio non potest sustineri. Nam ille text. non loquitur de satisfactione præstanda à reo victo, quasi ipse caueat aduersario victori, de eo non turbando in possessione, cum dicat Imp. alternatiuè, eum teneri vel ad transferendam possessionem, vel ad satisfactionem præstandam, cum ad vtrunque ex communi DD. sententia sit adstrictus. Itaque verior & sanior est eorum opinio, qui hanc satisfactionem intelligunt, de re quæ vendicatur, conseruanda, quam victor in hoc interdicto, dum in eum translata est possessio, ab aduersario conuentus rei vendicatione, præstare tenetur; quòd scilicet rem, cuius possessio sibi adiudicata est, illam conseruare velit, non verò eam velit diminuere, neque fructus eius dilapidare, donec causa proprietatis cognita & terminata fuerit. Quam satisfactionem si in possessorio iudicio victor declaratus, præstare recuset, transferatur possessio in petentem satisfactum. Hanc sententiam optimè confirmat l. 5. §. de pet. hered. l. de bonis 6. §. vlt. §. de Carb. edi. Eamque amplectuntur Cuiac. lib. 1. sent. Pauli tit. 11. & in parat. C. Vti poss. Wesem. in parat. de rei vend. num. 6. Fachin. lib. 8. contr. iur. c. 14.

## ASSERTIO XXIV.

*Nudo detentori non dantur interdicta Vti possidetis, vel Unde vi.*

**Q**UOD si quis non possidet, sed detinet tantum, ei non competit interdictum vti possidetis, vel vnde vi, vt colono, item misso in possessionem custodiae causa. l. si duo. §. creditores §. Vti poss. l. 1. §. de iur. in verb. non tamen si colonus. §. de vi & vi ar. Fab. ad §. retinendæ, num. 2. Inst. de interd.

In contrarium, quòd & nudo detentori competat interdictum Vti possidetis, probatur ex l. 1. §. quòd autem ait. §. de vi & vi ar. vbi illi, qui res commodatas, depositas vel pignoras habuit in fundo, ex quo deiectus est, pro illis datur interdictum vnde vi. Resp. Iste §. loquitur de mobilibus, quæ accessorie perue-



peruenerunt ad possessorem fundi, in quibus non refert, quomodoque habentur, dummodo tamen res pro qua agitur principaliter, sit immobilis, & possideatur.

Secundò obijcitur hoc modo. Plus debet subueniri legitimè detinenti, quàm violento. l. Seruius. ꝛ Quod vi aut clam. Sed violento possessori datur hoc interdictum, contra illos à quibus non possidet vi. l. 1. §. vlt. ꝛ Vti poss. Ergo & detinenti. Resp. Hoc quidem videtur prima facie dicendum, sed defectus principalis materiæ videlicet possessionis repugnat, quam Prætor non potest tueri per hoc interdictum, quia non est.

Sed quæritur, quomodo succurratur talibus detentoribus turbatis in sua detentione? Resp. Quòd missio in possessionem causa custodiæ prouideatur per edictum, Ne vis fiat ei qui in possessionem missus est. Vel datur ei actio iniuriarum. l. qui pendentem. §. si. ꝛ de act. emp. Vel potest implorare officium iudicis, vt in detentione sua non molestetur, vel vt in ea defendatur. per l. Aquilius. ꝛ de dona. l. & ideò. §. vlt. ꝛ de cond. furt. Præs. Euer. in loco à feudo ad emphyt. vbi dicit, se ita vidisse in ardua quæstione de facto obseruatum. Approbat Io. Faber d. loco.

ASSERTIO XXV.

*Colono non competit interdictum Vnde vi.*

**S**i colonus vi deiectus sit è fundo, non competit ei aduersus deijcientem interdictum Vnde vi, quia nullo modo possidet. l. 1. §. deijcitur. ꝛ de vi & vi ar.

Sed obijcitur l. colonus 12. & l. cum fundum 18. ꝛ d. tit. vbi dicitur, interdictum vnde vi colono competere. Resp. Tunc demum colonus intendit interdictum vnde vi, si ipse domino interuenterit possessionem, & dominum seu locatorem, vel alium à domino missum in possessionem non admiserit. Iam enim non amplius vt colonus est in fundo, sed vt violentus possessor. Ideoque ipse tenetur domino interdicto vnde vi, & ipse quoque si ab alio spoliatur, habet contra eum simile interdictum.

Secundò

Secundò obijcitur l. communi 7. §. neque. ꝛ Com. diuid. vbi dicitur, colonum naturaliter possidere. Ergo interdictum vnde vi ei datur, quod ei conceditur, qui vel ciuilitè vel naturaliter possidet. d. l. 1. §. deijcitur. Resp. Ibi naturalis possessio pro nuda detentione accipitur. l. 3. in fi. & l. seq. ꝛ. Ad exhib. Colonus propriè naturaliter non possidet, quia non sibi, sed domino possidet. l. 1. C. Commu. de vsuca. Possidere autem est rem tenere affectu sibi habendi. Theo. in §. item placet. Per qu. perf. no. acq. Per abusionem ergo naturaliter tantum dicitur possidere colonus, quia corporaliter tantum detinet. Nam in d. l. 1. §. deijcitur, apertissimè negatur, colonum naturaliter possidere.

ASSERTIO XXVI.

*Actionis verbo non continetur exceptio.*

**H**æc assertio totidem verbis descripta extat in l. verbum oportebit §. 1. ꝛ de V.S. Et confirmatur hac euidentè ratione. Cum enim actio sit ius persequendi in iudicio, quod nobis debetur, exceptio verò eius petitionis quædam sit exclusio, & contraria sit actioni, l. 2. ꝛ de excep. non poterit verbo actionis contineri, non magis quàm vna persona respectu eiusdem possit esse actor & reus.

Obijcitur l. 1. ꝛ de excep. vbi dicitur, Agere etiam is videtur, qui exceptione vitur. Resp. IC<sup>us</sup> dicit eum videri agere: At verbum videtur impropriè denotat. D D. in l. 1. §. deieicisse. ꝛ de vi & vi ar. Decius ad l. qui per successionem 154 num. 3. de R.I. Non itaque agit, id est, in iudicio experitur, seu actionem mouet, ille qui excipit, sed in probationibus tantum actoris partibus fungitur, vt quemadmodum actor suam intentionem probare tenetur, ita & reus suam exceptionem. Veluti si reus exceptione pacti conuenti vtatur, probare pactum debet. l. in exceptionibus 19. ꝛ de proba. Propriè itaque actionis verbo exceptio non continetur, sed tantum quoad effectum probandi. Ex quo sequitur, sublata actione non censeri sublata exceptionem, & propterea eum cui sacris interdictum est,

LII

exce-



exceptionem compensationis opponere posse actori, licet agere prohibeatur. Alcia. in d. l. 8. per c. cum inter. ex. de excep. quamvis Bart. existimet exceptionem compensationis proprie actionis verbo contineri, quod probare nititur per l. amplius. in fi.  $\bar{r}$  Rem ra. hab. Sed in illa lege dicitur, si quis aduersus petentem compensatione usus sit, rectè eum petijisse videri; sed verbum videtur improprietatem denotat.

## ASSERTIO XXVII.

*Exceptiones peremptoriae, non ante, sed post litem contestatam opponendae sunt; contra DONELLVM.*

**H**oc enunciatum apertè confirmatur & stabilitur in l. 4. & 8. C. de excep. item in l. 2. C. Sent. resc. non pos. vbi dicitur, peremptorias exceptiones omissas initio, antequam sententia feratur, opponi posse.

Sed obijcitur l. emtor. C. de præsc. lon. tem. item l. præscriptionem 8. & l. siquidem 9. C. de excep. in quibus traditur, quòd exceptiones peremptoriae debent initio quidem litis contestari & opponi, sed probandae sunt, postquam actor suam intentionem demonstrauit. Resp. Illa contestatio peremptoriarum exceptionum non de necessitate fieri debet; sed potius ex voluntate rei conuenti. Ita respondet Accur. in l. exceptionem. C. de proba. quem sequuntur communiter DD.

Secundò obijcitur tale argumentum. Iudex non potest pronuntiare de eo quod in iudicium non est deductum. l. vt fundus 18.  $\bar{r}$  Com. diuid. Atqui id tantum deducitur in iudicium, quod litis contestatae tempore accidit. l. vnic. C. de lit. contest. Ergo iudex cognoscere non potest de exceptionibus post litem contestatam oppositis, & per consequens exceptiones peremptoriae post litis contestationem opponi non possunt. Resp. Quod traditur, iudicem non posse super eo pronuntiare, quod post litem contestatam in iudicium venit, hoc intelligendum est, si quid post litem contestatam ex parte actoris de nouo petatur: nam actor non potest actionem suam fundare super iure futuro, neque

neque actionem suam mutare post litem contestatam. l. non potest 23. l. non quemadmodum 35.  $\bar{s}$  de iudic. Atqui verò de iure quod superuenit ex parte rei etiam post litem contestatam, iudex cognoscere & pronuntiare potest. Costal. ad l. quasi-tum.  $\bar{r}$  de pecu. Hæc est communis DD. sententia, quòd peremptoriae exceptiones etiam post litem contestatam opponi possunt; quam refutare nititur Donel. ad l. 8. & 9. C. de except. sed leuibus & friuolis argumentis.

## ASSERTIO XXVIII.

*Peremptoriae exceptiones non possunt post sententiam opponi.*

**D**e peremptorijs exceptionibus hæc regula in iure pro-dita est, quòd ante sententiam quocunque tempore opponi possunt: post sententiam verò opponi non possunt, nisi ab ea sit appellatum. l. 2. C. Sent. resc. non pos. l. 4. & 8. C. de except.

Obijcitur primò huic assertioni, quòd exceptiones SC<sup>a</sup> Velleiani & Macedoniani possunt etiam post rem iudicatam opponi. l. tametsi 11.  $\bar{r}$  ad SC. Maced. Resp. Hoc fit ex sententia SC<sup>a</sup>, neque alia huius rei certa ratio reddi potest.

Secundò obijcitur l. i. C. de iu. & fac. ign. vbi statuitur, milites posse exceptiones peremptorias post sententiam opponere. Resp. Hoc Imp. Antoninus speciali fauore militibus concessit, ideò quòd propter nimiam eorum circa res forenses imperitiam, & armorum occupationem, ius ciuile eis ignorare sit permillum. Inst. de mil. test. in princ.

Tertiò aduersatur, quòd exceptio priuilegij, ne quis conueniatur ultra quàm facere possit, post condemnationem opponi potest: l. Nescennius 41.  $\bar{s}$ . vlt.  $\bar{r}$  de re iud. l. ex diuerso 17.  $\bar{s}$ . fin.  $\bar{r}$  Sol. matr. Resp. Ideò ista exceptio post sententiam opponi potest, quia non impugnat sententiam, sed potius pro moderanda executione sententiae obijcitur. Wesem. ad tit. C. de excep.



Malè quidam huc referunt exceptionem diuisionis, ex epistola D. Adriani, quæ datur pluribus fideiussoribus, vt inter eos qui soluendo sunt, actio diuidatur. l. fideiussor 10. C. de fideiuf. Mouentur illi per l. fideiussores 41. §. vlt. ꝛ de fideiuf. quæ ait vnun ex fideiussoribus fuisse cõdemnatum in solidum, & cum eo actum fuisse iudicati: lex ait eum fideiussorem posse desiderare, vt sibi aduersus cæteros fideiussores actio mandetur. Sed huc nihil attinet: nam lex non loquitur de beneficio diuisionis, sed cessionis. Item mouentur l. inter eos 51. §. vlt. ꝛ de fideiuf. vbi postquam vnus ex fideiussoribus esset damnatus, & bona eius in fiscum redacta, actio deinde inter fideiussores diuisa fuit. Dicendum, fideiussorem ibi non ex fideiussione, sed ex delicto fuisse damnatum, ita vt ex ea damnatione bona sint fisco applicata. Sensus ergo huius legis hic est. Si vnus ex fideiussoribus sit damnatus ex delicto, & bona eius publicata, potest creditor contra alios fideiussores ius suum prosequi: qui rectè petent actionem diuidi inter omnes qui soluendo sunt, inter quos etiam fiscus qui damnato fideiussori successit, computabitur. Vtputa si tres sint priuati fideiussores, & præterea fiscus qui condemnato fideiussori successit, quatuor partes fient in diuisione actionis, ex quibus fiscus qui successit in bona vnus fideiussoris, quartam partem agnoscat, pro reliquis verò partibus priuati fideiussores conuenientur. arg. l. 1. C. de fideiuf. l. 2. C. Ad l. Iul. de vi publ.

ASSERTIO XXIX.

*Exceptiones dilatoria, qualis est procuratoria, ante litem contestatam opponi debent.*

**P**ROBATVR hæc assertio in l. ita demum. C. de procur. l. exceptionem. C. de proba. Sic exceptio procuratoria, quæ opponitur procuratori actoris, ratione satisfactionis de rato non præstiræ, debet opponi ante litem contestatam. Sic etiam exceptio procuratoria, quæ procuratori Rei obijcitur, de cautione iudicatum solui non præstita, ante litem contesta-

tam est

tam est alleganda. Et si aduersarius eam ante litem contestationem petere neglexerit, postea eam petere non potest. l. Pomponius 40. §. pen. ꝛ de procur. l. vnic. C. de satisfan. Ratio est, quia exceptiones procuratoriæ sunt dilatoriæ. l. 2. in fi. ꝛ de excep. Atqui tales exceptiones ante litem contestatam sunt opponendæ. d. l. exceptionem.

Obijcitur l. licet. C. de procur. vbi traditur, exceptionem falsi procuratoris etiam post sententiam opponi posse. Respondet Castren. in d. l. Pomponius. §. pen. quòd exceptio falsi procuratoris post sententiam est admittenda, si reus vult in se assumere onus probandi, quòd procurator non habuerit mandatum, & ita accipienda est d. l. licet. Aliter etiam responderi potest, quòd tunc demum post sententiam exceptio falsi procuratoris admittatur, si aduersarius ignorauit eum falsum fuisse procuratorem, nullumque habuisse mandatum, & post sententiam primùm superuenit eius rei notitia. Ita tradit Accurs. ad d. l. exceptionem. Ratio est, quia cum falso procuratore nullum iudicium est, nullaque controuersia esse fingitur. Atqui exceptiones nullitatis, quæ scilicet reddunt iudicium retrò nullum, etiam post sententiam opponi possunt. Sic exceptio iudicis incompetentis post sententiam opponi potest. l. fin. C. Si à non comp. iud. gl. in d. l. licet. C. de procur.

ASSERTIO XXX.

*Actionis definitio tradita in Inst. tit. de actionib. tam realem quam personalem actionem complectitur.*

**V**ERBIS definitionis actionis traditæ à Iustiniano in princ. tit. de actio. omnis actio tam realis quam personalis comprehenditur. Neque opus est cum Azone, Accursio, Hotomanno & Barone addere ea verba definitioni, quòd sit ius persequendi iudicio quod sibi debetur, *Vel suum est*, vt etiam realem actionem complectatur. Verbum enim debet, hic late, generaliter, & *et realem* accipi oportet, vt comprehendat etiam actiones reales, quibus petimus id quod no-

strum



strum est, l. actionum 25.  $\bar{\pi}$ . de obl. & act. Illud enim quod nostrum est, & cuius domini sumus, haecenus nobis debetur, quatenus aduersarius ad id restituendum nobis obstrictus est. Sic in l. pecuniae 178.  $\S$ . ult. de V. S. expressè dicitur, hoc verbum debere, omnem omninò actionem comprehendere tam civilem quàm honorariam, & in l. 108. eod. tit. dicitur debitor, à quo inuito pecunia exigì potest. Malè ergo Azo & alij interpretes actionem realem sub hac definitione contineri negant.

Pro aduersariorum sententia tale adfertur argumentum, quòd omnis actio descendit ex obligatione, obligatio enim est proxima & immediata causa actionis. l. licet 42.  $\S$ . ea obligatio.  $\bar{\pi}$  de procur. Sed in  $\S$ . 1. Inst. de actio. disertè traditur, rei venditionem dari aduersus eum, qui nullo iure nobis obligatus est. Itaque definitione actionis non continetur realis actio. Resp. Accepta latiori significatione obligationis, realis actio etiam ex obligatione nascitur, quia conuentus reali actione, saltem per accidens, ratione rei possessæ obligatur ad restituendum, ex hoc vinculo obligationis, quòd nemo debet cum alterius iactura locupletari, & quòd quilibet iniustus possessor res suas domino restituerè tenetur. Concludo igitur cum Zazio, Schneidewino, Minsingero, Donello & Borgholt ad principit. Inst. de actio. omnem actionem mundi ex aliqua præcedenti obligatione produci. Vbi enim esset legis æquitas, si innocentem fatigaret actionibus, nisi præambula esset aliqua obligatio.

## ASSERTIO XXXI.

*Actionum summa diuisio in duo genera diducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam.*

**S**UMMA & prima diuisio actionũ, tam ratione ordinis quàm dignitatis, defumita à causa materiali, hæc est, qua omnes actiones distribuuntur in reales & personales.  $\S$ . 1. Inst. de act. Actio in personam est, qua agimus, vt aduersarius condemnatur ad dandum vel faciendum aliquid, qui ex contractu vel quasi,

quasi, maleficio vel quasi nobis est obligatus. Huius actionis natura est, vt semper inhæreat personæ obligati, & vt aiunt D. D. comitatur obligatum tanquam Lepra Leprosum. l. 1.  $\S$ . si heres.  $\bar{\pi}$  ad S. C. Trebell. Actio in rem est, qua petimus pronunciarì rem nostram esse, eiusque possessionem nobis restitui. l. actionum 25.  $\bar{\pi}$  de obl. & act. Hæc semper contra possessorem datur, etiamsi in mille manus res perueniat.

Sed videtur hæc diuisio esse imperfecta, quia sunt adhuc duo genera actionum, quæ sub hac diuisione non continentur, videlicet actiones mixtæ, & in rem scriptæ. Ad hanc obiectionem respondendum, quòd actiones mixtæ, quæ partim in rem, partim in personam sunt, de quibus agitur in  $\S$ . quædam 21. Inst. de actio. sub duobus hisce simplicibus membris continentur, cum quibus participant. Mixta enim comprehenduntur sub suis simplicibus. Glos. in l. 2. in princ. de V. O. Actiones autem in rem scriptæ, vt est actio quod metus causa. l. 9.  $\S$ . ult.  $\bar{\pi}$ . Quod met. caus. item actio ad exhibendum, l. 3.  $\S$ . est autem personalis.  $\bar{\pi}$  ad exhib. sunt inspecta origine sua merè personales, quia dantur contra eos qui nobis obligati sunt ex maleficio, vt qui res nostras per vim & metum abstulerunt, vel ex quasi contractu, vt est actio ad exhibendum quæ in eum competit, qui tempore conuentionis seu iudicij accepti facultatem habet exhibendi, vel dolo desijt posse exhibere. d. l. 3.  $\S$ . eleganter l. de eo  $\S$ . si post  $\bar{\pi}$  ad exhib. Baro ad d.  $\S$ . 1. Ideò autem dicuntur in rem scriptæ, quòd licet nobis per eas actiones res persequi, ad quemcunque possessorem deuenerint. Zazius ad d.  $\S$ . 1. num. 15.

## ASSERTIO XXXII.

*Actiones alia bonæ fidei sunt, alia stricti iuris.*

**T**RADITVR hæc decisio in  $\S$ . actionum. Inst. de act. Actiones bonæ fidei sunt, in quibus liberam potestatem habet iudex ex bono & æquo æstimandi, quemadmodum actori satisfieri oporteat, liberumque habet arbitrium iudicandi quod sibi bonum & æquum videbitur, licet de eo nihil



nihil dictum sit à contrahentibus. §. ult. Inst. de obl. ex consen. l. quia tantundem. ¶ de neg. gest. Stricti iuris actiones sunt, in quibus iudex adstringitur legibus contractuum, expressisque partium conventionibus, neque liberam habet potestatem iudicandi ex bono & æquo, l. quicquid. de V.O.

Obijcitur l. placuit. C. de iudic. ubi dicitur, omnibus in rebus, & proinde in omnibus actionibus, præcipuam esse iustitiæ, æquitatisque, quam stricti iuris rationem. Vnde colligitur, nullas esse stricti iuris actiones. Resp. Strictum ius ibi accipitur pro summo iure, quando verbis legis tantum præcisè & pertinaciter observatis, mentem & sententiam legis negligimus. Hoc ius nunquam sequimur, ideoque eo sensu nullæ sunt actiones stricti iuris, in quibus scilicet verbis tantum legis pertinaciter captatis, mentem & voluntatem legis non attendimus. l. penul. ¶ ad exhib. Verum hoc sensu rectè dicuntur aliæ actiones bonæ fidei, aliæ stricti iuris, quod scilicet iudex in illis ex libera potestate æstimare potest, quicquid ex bona fide aduersarium dare facere oportet. §. in bonæ fidei. Inst. de act. In his verò potestas iudicis est certis finibus inclusa & adstricta.

Secundò obijcitur l. bonam fidem. C. de obl. & act. ubi dicitur, in omnibus contractibus bonam fidem adesse oportere. Ergo omnes actiones sunt bonæ fidei. Resp. Hoc ita accipiendum est, quòd in contractibus bonæ fidei maximè exuberare debet æquitas seu bona fides: in stricti verò iuris iudicijs bona fides non tam diligenter spectatur, sed plerunq. negligitur, l. Lucius 24. ¶ de pos. l. 5. C. de resc. vend. Exempli gratia: In vtrisque exigitur, vt debita sine mora reddantur, hoc verò in bonæ fidei contractibus exigitur maximè, & idèd ex mora in bonæ fidei contractibus veniunt vsuræ. Ex mora in contractibus stricti iuris non exiguntur vsuræ, citra vinculum stipulationis, etiam post litem contestatam. Mora culpatur magis in vno contractu quam in alio, l. mora. §. in bonæ fidei. l. lite. ¶ de vsur. l. cum fundus 31. ¶ de re. cred. l. 1. C. de cond. ind. & ibi Glos. sing. l. 3. C. de vsur. Min. ad §. actionum. num. 16. Inst. de actio. Secundò bonæ fidei hoc est proprium, vt in contractibus absit dolus & calliditas, hoc in bonæ fidei contractibus maximè & potissimùm

potissimùm exigitur. Vnde contractus bonæ fidei, quibus dolus dedit causam, ipso iure nulli sunt, l. & eleganter. ¶ de dolo. l. 3. ¶ Pro soc. Contractus verò stricti iuris, quibus dolus dedit causam, ipso iure valent, nec infirmantur, nisi actione vel exceptione doli proposita; l. dolo. C. de inut. stip. l. 36. ¶ de V. O. l. & eleganter. §. non solum. ¶ de dolo. Cuiac. lib. Obl. 8. c. 10. Tertiò ex eo liquet, contractus bonæ fidei pleniores & vberiores esse, quam stricti iuris contractus, quòd in omnibus bonæ fidei contractibus, cum nondum dies præstandæ pecuniæ venit, ante diem agi potest ad interponendam cautionem, id est, satisfactionem ex iusta causa, puta quòd debitor labatur facultatibus. l. in omnibus. ¶ de iudic. l. si creditores. ¶ de priuil. cred. Quæ cautio locum non habet in stricti iuris iudicijs. l. quoties. §. si semel. ¶ de pecul. Cuiac. lib. 17. Obl. c. 37. Min. d. loco. num. 20. ubi recenset nouem differentias inter actiones bonæ fidei & stricti iuris. Potest etiam rectius & melius hoc modo ad d. l. bonam fidem responderi, quòd bona fides ibi significet simplicem & synceram voluntatem, rectumque animi propositum, & sic dolo, fraudi, calliditati & malitiæ opponitur. l. ab emtione §. de pact. l. si cum fundum. 68. ¶ de cont. emp. In hac significatione bona fides in omnibus contractibus necessaria est, quia ab omni negotio contrahendo fraus & dolus malus abesse debet. Verum in proposita diuisione bona fides non pro sincero & puro animo, ab omni fraude & dolo remoto vsurpatur, sed potius idem valet quòd bonum & æquum siue æquitas, secundum quam iudex in bonæ fidei iudicijs non strictè inhærere tenetur petitioni actoris, sed liberè adiudicare potest actori de quibus nihil inter partes dictum aut conuentum est, dummodo bona fides, hoc est, æquitas postulet illorum rationem haberi. Atque hoc modo bona fides accepta, non in omnibus, sed in bonæ fidei tantum contractibus & actionibus attenditur. Inst. de obl. ex consen. in fi. cum in stricti iuris contractibus ea tantum præstentur, quæ expressa contrahentium conuentione cauta sunt, neque plus, neque minus l. quicquid 99. ¶ de V. O. Ita eruditè respondet Harprechtus ad §. actionum. Inst. de actio.



## ASSERTIO XXXIII.

*A contractu perfecto, inuito aduersario  
non licet recedere.*

**R**EGVLA est generalis in omnibus contractibus, quòd sicut ad contrahendam obligationem exigitur vtriusque voluntas, ita semel constitutæ obligationi vnus inuito altero non potest renuntiare. l. sicut. C. de obl. & act.

Obijcitur huic regulæ, quòd in contractu societatis alterutri sociorum altero inuito etiam, licet societati renuntiare. l. verum. §. fin. & l. seq. Pro soc. §. manet. Inst. eo. Resp. Hæc regula non procedit in societate. Societatis enim ea est natura, vt nemo inuitus cogatur in communiōe manere, eò quòd communiō plerunque solet excitare discordias. l. cum pater 77. §. dulcissimis. de leg. 2. l. vlt. C. Com. diuid.

Secundò opponitur, quòd mandatum reuocatur etiam solo dissensu mandatoris, sicut & renuntiatu mandato à solo mandatario. l. si mandauero 22. §. si. Manda. Resp. Hoc quoque speciale est in mandato, quòd solus mandatarius re integra renuntiare possit mandato, quando videlicet commodum adhuc est mandatori mandatum per alium explicare: sicut & mandatori licet re integra reuocare mandatum, vbi nihil adhuc cepit gerere mandatarius. d. §. fina. Ratio est, quia actio mandatum demum competit, quando cepit interesse mandantis. At qui vbi renuntiatu mandato re adhuc integra, mandantis nihil interest, ideoque locus est renuntiationi. l. si procuratorem 8. §. mandati. Manda.

Tertiò obijcitur, quòd licet in deposito & precario conuenit, ne liceat ante certum tempus depositum vel precarium repetere, tamen non obstante ista conuentione, nihilominus vbi commodum fuerit deponenti, vel precariò danti, reuocabitur depositum vel precarium. l. 1. §. penul. de depo. l. cum precario. de preca. Resp. Hoc fit ideo, quia hæc conuentione est contra naturam depositi vel precarij. Ideoque ei non est standum, cum

pacta

pacta contra naturam contractus apposita de iure non subsistant. l. cum manu lata. 80. §. vlt. de cont. emp. l. vbi ita 27. de dona. Atqui natura depositi & precarij est, vt ad arbitrium deponentis, vel precariò dantis reuocetur.

Quartò obijcitur, quòd in contractibus innominatis, licet ei qui impleuit à sua parte contractum, poenitere, & discedere à contractu. l. 3. §. 1. de cond. ob caus. Resp. In ijs contractibus id tacite agi videtur, vt quamdiu res ob quam quid datum est, ab altera parte non sequatur, repetitio dati sit. l. 1. in fi. de rer. permu. Is verò qui quid accepit ex contractu innominato, poenitentia sua non potest à contractu recedere. l. si pecuniam. in princ. & ibi gl. de cond. ob caus. quam approbat Salice. in d. l. sicut.

## ASSERTIO XXXIV.

*In actionibus mixtis aut pœnalibus, si plures deliquerint, quod vnus prestetit pœna nomine, non liberat alios.*

**C**ERTISSIMA hæc est iuris regula, quæ probatur in l. pen. & vlt. Ne qu. eum qui in ius voc. l. item Mela. 11. §. si plures. Ad l. Aquil. l. 7. §. vlt. cum l. seq. de iurisd. Idque rationem manifestam habet, ne scilicet vllius delictum vllò modo maneat impunitum.

Obijcitur l. illud 32. Ad l. Aquil. vbi dicitur, si familia alicuius domini furtum fecit, vel damnum dedit, non plus familiæ nomine præstatu, quam si vnus deliquisset. Sed hoc ideo receptum est, quia hoc vnum factum, id est, vnus hominis intelligitur. Quod non similiter procedit in actione iniuriarum, & albi corrupti, in quibus delictis à familia commissis, dominus tenetur pluribus actionibus. l. 9. de iurisd. l. si plures 34. de iniur. Ratio diuersitatis est, quia actiones furti & legis Aquiliæ pro damno pecuniario intenduntur, quod si semel dominus dependat, obligationi satisfecit. In actione verò iniuriarum, & albi corrupti, vindicatur contumelia, quæ eò grauior est, quo à pluribus inferitur: ideoque plura facta intelliguntur, non vnum. Cuiac. lib. 8. Obs. c. 20.

M m m 2

Secun-



Secundò obijcitur l. 1. §. si plures. ꝛ De eo per qu. fac. erit. Sed ea actio id quod actoris interest, persequitur, non meram pœnam. l. 3. ꝛ eo. Mera pœna sæpius à diuersis exigitur, id quod interest non nisi semel.

Tertiò aduersatur l. item si cùm. 14. §. si. ꝛ Quod met. cau. vbi vno ex pluribus metum inferentibus, soluente pœnam, vel rem metu ablatam restituente, cæteri liberantur. Resp. Hæc est natura actionis quod metus causa, vt non competat in quadruplum, nisi in eum qui restituere iubetur rem metu ablatam, & non paret. Vnus igitur si rem præstiterit ante sententiam, cæteri liberantur. Idem est si quadruplum præstiterit ex sententia: nam in quadruplo inest res metu ablata, qua præstita, nihil eius interest, qui metum passus est, igitur consequens est cæteros liberari. Atqui regula loquitur de ijs actionibus, quæ pœnales sunt ab initio: hæc dantur in singulos, nec sufficit, si vnus pœnam soluit. d. l. 7. §. vlt. & l. seq. d. l. si plures. Cuiac. & Baro ad d. l. item si cùm. §. fina. ꝛ Quod me. caus.

## ASSERTIO XXXV.

*Quoties concurrunt plures actiones vnius rei nomine,  
vna tantum quis experiri debet.*

**T**RADITUR hæc regula in l. nemo 43. §. 1. de R. I. Quæ vt melius intelligatur, sciendum est alias actiones rei persecutorias esse, alias pœnales, alias mixtas, id est, tam rei quàm pœnæ persequendæ causa comparatas. §. sequens. Inst. de act. De rei persecutorijs prodita hæc est regula.

Quoties plures actiones eiusdem rei nomine concurrunt, vna tantum quis experiri debet: id est, quoties concurrunt plures actiones rei persecutoriæ, ex vna eademque causa & obligatione descendentes, toties vna electa altera perimitur. Sic enim quando quis cum seruo, qui negotiatur in merce peculiari, contrahit, concurrunt actio de peculio & tributoria, quarum vna electa ad aliam regressus non datur. l. quod in herede 9. §. 1. ꝛ de trib. act. Sic si mihi tecum societas sit, & res ex societate commu-

communes, quam impensam in eam fecero, quosque fructus ex his rebus perceperis, vel pro socio, vel communi diuidendo actione consequar, & altera actione alteram tolli Proculus ait, in l. pro socio 38. §. 1. ꝛ Pro soc. Sic in tutela, ex vna causa & obligatione duas actiones nasci constat: & ideo si tutelæ fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, siue contra, tutelæ actio quoad istam speciem perempta est: l. 1. §. pen. ꝛ de tut. & rat. distr.

De pœnalibus actionibus prodita est illa iuris regula, quæ habet: Nunquam actiones pœnales de eadem re vel pecunia concurrentes, alia aliam consumit: l. nunquam 130. ꝛ de R. I. Quæ regula cum hac distinctione accipienda est: Aut enim pœnales sunt, quæ ex pluribus factis & delictis descendunt; aut pœnales sunt, quæ ex vno facto & delicto proueniunt. De pœnalibus, quæ ex pluribus factis & delictis oriuntur, vera est regula, quod scilicet alia ab alia non cõsumitur, veluti si quis eundem hominem surripuerit, surreptum verberauerit & occiderit, hic actione furti, iniuriarum, & l. Aquiliæ efficaciter conueniri poterit. l. 2. ꝛ de priua. delic. l. si seruus 27. ꝛ Ad l. Aquil. Item si quis alienam ancillam surripuerit & flagitauerit, id est, stuprauerit, & ita corruptit, serui corrupti, & furti agi potest. d. l. 2. l. qui seruum 33. in princ. ꝛ de obl. & act. Idque ob hanc rationem, quod nunquam plura delicta concurrentia faciunt, vt vllius impunitas detur, neque enim vnum delictum ob aliud minuit pœnam. d. l. 2. l. qui seruandarũ 14. §. 1. ꝛ de præsc. ver.

Tertia regula. In pœnalibus actionibus pluribus, quæ ex vno facto & delicto proueniunt, vnius actionis electione altera consumitur, nisi quid in altera pluris sit. Veluti si quis furtim arbores ceciderit, aduersus eum & lege Aquilia, & arborum furtim cæsarũ agi potest. l. 1. ꝛ Arb. furt. cæs. Sic si quis rem rauerit, & furti, & vi bonorũ raptorum tenetur: l. 1. ꝛ Vi bo. rap. Sic si quis alienum seruum iniuriosè verberauerit, ex vno facto incidit & in legem Aquiliam, & in actionem iniuriarum. d. l. qui seruum. in princ. Quibus casibus vna actione, non omnibus contendendum est. l. plura 52. ꝛ de obl. & act. nisi fortè post eam inchoatam quæ minus continet, intendat eam quæ plus



plus continet, quod fieri potest tantum in eo quod plus est. Veluti si prius egeris cum raptore furti nec manifesti in duplum, superest actio de bonis raptis in id quod amplius in ea est. Si vero prius egeris bonorum raptorum, consumitur actio furti.

Quid vero dicendum est, si concurrat actio poenalis cum rei persecutoria? quo casu rursus distinguendum est. Nam poenalis aut merè poenalis est, aut mixta. Si merè poenalis concurrat cum rei persecutoria, altera alteram non tollit. Sic enim actio furti non tollit conditionem furtiuam. l. si pro fure 7. §. 1. ff. de cond. furt. nec actionem depositi. l. si sacculum. ff. de pos. neque locati. l. 24. ff. loca. Sin autem est mixta poenalis, consumitur altera, si modò ea intentetur actio, quæ continet quod plus est. Sic enim actio vi bonorum raptorum consumit conditionem furtiuam. l. 10. §. 1. ff. de cond. furt. §. 1. Inst. vi bo. rapt. Sed si prius egeris conditione furtiua contra raptorem, superest actio vi bonorum raptorum in triplum. l. pen. ff. Vi bo. rap. Similiter actio in factum de calumniatoribus, quæ datur in quadruplum, contra eum qui pecuniam accepit, ut mihi per calumniam litem moueret, conditionem ob turpem causam impedit. l. in heredem. §. 1. ff. de calum. Sic actio legis Aquiliae actionem commodati consumit. l. vnde queritur 7. §. 1. l. in rebus 18. §. 1. ff. Commo. & denique actio quod metus causa rei vendicationem extinguit. l. metum 9. §. licet. ff. Quod met. cau. De concursu actionum vide eleganter differentem Cuiac. lib. Obs. 8. c. 24. & Hotom. in illust. quæst. c. 27.

### ASSERTIO XXXVI.

*Heres ex contractu defuncti ob dolum tenetur in solidum, ex delicto defuncti tantum in id, quod ad eum peruenit.*

**E**x dolo defuncti in delictis commisso heres non tenetur, nisi lis cum defuncto fuerit contestata, vel ad heredem aliquid peruenit: l. vnic. C. Ex delict. defun. l. 1. ff. de priua. deli. l. in heredem. ff. de calum. l. sicut poena. ff. de R. I. Ex dolo autem à defuncto in contractibus commisso heres obli-

obligatur in solidum, etiamsi ad eum nihil peruenierit. l. ad ea 137. §. si. de R. I. l. ex parte 121. §. ult. de V. O. l. si hominem §. 1. ff. de pos. l. ex depositi. ff. de obl. & act.

Priori parti aduersatur l. in conditione 9. ff. de cond. furt. vbi dicitur, quod heres furis conuentus conditione furtiua, non quatenus ad eum peruenit, sed in solidum tenetur. Resp. Ab hac decisione excipitur heres furis, qui conditione furtiua conuenitur: contra eum enim datur hæc conditio in solidum. Rationem reddit Bart. in l. 1. ff. de priua. delict. ut compefcatur furtorum frequentia, hoc specialiter odio furum esse constitutum, cum in alijs actionibus ex delictis, heredes tantum teneantur, in quantum locupletiores facti sunt.

Secundæ parti refragatur §. aliquando. Inst. de perp. & tem. act. vbi dicitur, fieri aliquando ut ex dolo defuncti contractus heredem non teneat, si nihil ad eum peruenit. Resp. Hoc tantum fit aliquando, scilicet in actione depositi, quod ruina, tumultus, incendij, naufragij causa depositum est, quæ actio in duplum non datur ex dolo defuncti in heredem, sed in simplum tantum, quatenus ad eum peruenit, quia hæc actio poenalis est. l. 18. ff. de pos. §. sequens. vers. planè. Inst. de act. Cuiac. ad d. l. ex ea parte. §. fin. ff. de V. O. Continus ad d. §. aliquando. Inst. de perp. & tem. act.

### ASSERTIO XXXVII.

*Diuersitas responsionis non vitiat stipulationem, si est in quantitate: sed diuersitas in qualitate & forma stipulationis, vitiat stipulationem, nisi accedat complacentia.*

**Q**UOTIES diuersitas est in stipulatione, & responsione, siquidem est in quantitate, vel in summa, non in totum inutilis est stipulatio, sed valet in concurrente quantitate. Si vero diuersitas est in qualitate vel causa obligationis, ut si alternatio, cõditio, vel dies adijciatur, seu detrahatur, in totum inutilis est stipulatio, nisi diuersitas responsionis ilicò stipulanti placuerit, tunc enim conualescit nouo consensu. l. 1. l. inter 83.



§. si stipulante. l. si ita 109. ꝛ de verb. obl. Nam regula quæ in d. l. i. §. cum adijcitur, ponitur, quoties aliquid adijcitur vel detrahitur stipulationi, vitari obligationem, nisi ilicò diuersitas responsionis placeat stipulatori, ad præcedentes casus legis pertinet, in quibus in forma seu qualitate stipulationis variatum est. Subiungit enim Vlpia. quòd alia stipulatio per nouum consensum contracta intelligatur. Quòd in diuersitate summarum dici non potest, cum minor summa contineatur sub maiori, & diuersitas non sit in concordante seu minori summa. In summis itaque valet stipulatio pro minori quantitate, absque nouo consensu. d. l. si ita. vbi dicitur, quòd in summis semper sponderi videtur quòd minus est: vt si stipulanti decem, viginti promittantur, stipulatio erit contracta in decem. Non opus est ergo vt complacentia inter, stipulantes accedat, vbi diuersitas summarum in stipulatione versatur.

Opponitur §. præterea. Inst. de inut. stip. vbi æquiparat Imp. hæc stipulationes, & ait simpliciter inutiles esse, siue diuersitas fuerit in quantitate, siue in qualitate, seu causa stipulationis. Resp. quòd Imp. in Institutionibus, quæ sunt prima iuris elementa, subtiliores distinctiones sæpè omisit, ad faciliorem tyronum captum. Institutum enim fuit Imp. in Institutionibus capita rerum tantum attingere, exceptionibus in latiores Digestorum libros reiectis. Duarenus ad d. l. i. Contius ad d. §. præterea.

Obijcitur secundò l. si decem. Inst. loca. vbi dicitur, quòd si in locatione sit diuersitas in quantitate mercedis, nihil actum videri, vt si locator existimauerit se domum locare viginti aureis, conductor se decem conduxisse putet. Resp. In contractu lucratiuo, vtpote in stipulatione diuersitas quantitatis non vitiat contractum in totum, quia quicquid stipulator habet, in lucro est: sed in contractu oneroso propter diuersitatem pretij vitatur totus contractus, ne alteruter contrahentium in damnum incidat. Castren. ad d. l. i. §. si stipulanti. in fi.

ASSERTIO

## ASSERTIO XXXVIII.

*Stipulatio impersonaliter concepta, dabis? dabuntur: promittis? promittuntur, utilis est.*

**Q**VÆSITVM est à DD. an ista stipulatio valeat, dabis? dabitur, & Bart. communisque interpretum scholam valere negat. Quibus cum Raphaële Cumano, Alciato, aliisque melioribus rationibus nitentibus, consentire non possum. Verius itaque & probabilius est, quòd stipulatio impersonaliter concepta, hoc modo, dabis? dabuntur, promittis? promittuntur, valida & efficax de iure censeatur: quòd inter alia Plauti loco allato comprobatur Alciatus lib. 2. Parer. c. 18. in quo ita legitur concepta stipulatio, dabin? dabuntur, quæ perinde valet, ac si dixisset, dabo. Comprobatur hæc assertio ista ratione, quòd in stipulatione præcedat interrogatio, secundum quam responsio interpretanda & accipienda est. arg. §. præterea. Inst. de inut. stip. ita vt persona in interrogatione expressa, in responsione repetita videatur. l. si sine. §. qui interrogatus. ꝛ de interrog. in iu. fac.

Nec obstat, quòd dicitur in Auth. si quando. C. de const. pecu. non obligari eum qui ita constituit alieno nomine, satisfacis? satisfiet, verbo impersonaliter prolato, quia eadem impersonalitas vitiat stipulationem. Temporis enim diuersitas facit (veluti si quis stipulanti, promittis? respondeat, promittentur) vt in persona in interrogatione expressa, in responsione repetita non videatur. Idque propter responsionem incongruam, cum alter de præsentis quærat, alter de futuro respondeat. Sic in constituto si quærat, satisfacis? & respondeatur, satisfiet; constitutum non valet. d. Auth. si quando: secus si respondeatur, satisfiet, modò animus constituendi adsit. Scitè Cuiac. ad l. 5. in fi. ꝛ de ver. obl.

Postremò non obstat, quòd I C. Paulus respondit in l. si ita 26. §. Chryfogonus. de ver. obl. in stipulationibus personam nunquam intelligi, nisi exprimatur: quia hoc locum habet,

N n n

cùm



cum duæ sunt distinctæ stipulationes, vna sortis, altera vsurarum: tunc persona in vna stipulatione nominata, non comprehenditur in alia. Itaque rectè Paulus in d. l. si ita, respõdit, quòd in accessoria sequenti stipulatione non potest dici repetita persona, quæ in stipulatione rei principalis expressa est. Ratio est, quia sunt duæ stipulationes, vna sortis, altera vsurarum. l. centum. ¶ De eo quod cer. lo.

## ASSERTIO XXXIX.

*Ex stipulatione alteri facta, non acquiritur actio, nisi stipulantis inter sit.*

**A**LTERI inutiliter stipulamur, nisi inter sit nostra. l. 3. & l. vlt. C. de inut. stip. Verùm singulare est in mutuo, vt per liberam personam alteri acquiri possit condictio, si quis pecuniam alieno nomine credidit, ob frequentem & crebrum huius contractus vsum. Itaque alteri, cuius nomine data est mutua pecunia, dabitur directæ condictio ex numeratione seu mutuo. l. certi. §. si nummos. ¶ de re. cred. Ex eadem causa acquiritur etiam nobis per alterum hypothecaria actio, si pignus pro mutuo datum sit. l. 2. C. Per qu. perf. no. acq. obl. Sed hoc tantùm in mutuo obtinet, alioqui non acquiritur nobis actio per liberam personam nostro nomine contrahentem. l. solutum. §. per liberam. ¶ de pig. act. Sunt tamen singulares aliquot casus notandi, quibus alteri per alterum stipulatione acquiritur. Primus est, si aliquis mihi super re mea stipuletur. l. pen. C. ad exhib. l. quod procurator 68. ¶ de procu. l. si cum venderet 13. ¶ de pig. act. Secundus est, quando quis super re sua, quæ sua manet, alteri stipulatur. l. Publia. ¶ de pos. Tertiò in donatione & dote vsurpatum est vt alteri stipulatio facta utilis sit. l. quoties. C. de dona. sub mo. l. Caius 45. ¶ Solut. matr. Quartò ex stipulatione tutoris quæritur utilis actio pupillo. l. 2. ¶ Quan. ex fac. tuto. Quintò in personis publicis, vt tabellionibus seu Notarijs, obtinet, vt alij utiliter stipulentur. l. 2. ¶ Rem. pup. sal. Sextò ex stipulatione procuratoris sin-

ris singulari priuilegio militi quæritur. l. si pecuniam 26. ¶ de re. cred. Aliàs procurator non acquirit actionem ex suo contractu domino, nisi ei à procuratore cedatur. l. possessio 49. §. vlt. ¶ de acq. poss. Si tamen presente domino ei stipuletur, acquirit ei, nec cessione opus est. l. si procuratori 79. ¶ de V. O. Septimò in omnibus casibus, qui ad liberandum pertinent, domino quæritur per procuratorem. l. rescriptum. §. vlt. ¶ de pact. Vltimò in iudicijs perpetuum est, vt alteri per alterum quærat. l. 27. in fi. & l. 28. ¶ de procur.

## ASSERTIO XL.

*Promittens se curaturum, quod alius dabit vel faciet, rem effectui dare tenetur.*

**D**IGLADIANTVR acriter interpretes, ad quid teneatur, qui promisit se curaturum, vel effecturum, vt alius det vel faciat. Communis & recepta est DD. sententia, eum à promissione liberari, si tantam adhibeat rei conficiendæ curam, quanta adhiberi potest. Ita tradunt Bart. conf. 236. Maran. disput. 2. num. 20. 23. & 27. vbi dicit, in practica hanc opinionem seruari. Wesem. ad §. si quis alium. Inst. de inut. stip.

Alciatus verò, Zazius & Cuiacius post Iasonem in l. stipulatio ista 38. ¶ de verb. obl. existimant promissorem ad effectum præcisè teneri, nec liberari præstando omnem diligentiam, si in vanum laborauerit. Itaque si effectus non sequatur, promissor ad id quod interest, condemnabitur, vel ad poenam, si poena sit stipulationi adiecta. Quæ sententia confirmatur per l. vlt. §. vlt. ¶ de reb. cred. vbi dicitur, quòd qui promisit se curaturum decem dari, non aliter liberatur, nisi locupletem & idoneum reum præstet, qui pecuniam numerare possit. Curare enim significat, cum effectui aliquid præstare, & sic rem agere, vt sequatur effectus. Sic Cicero sæpè in epistolis. Curare pecuniam, id est, præstare & adnumerare. Facit plurimum ad confirmationem huius sententiæ l. sancimus. C. de fideiul. vbi deciditur, quòd qui promisit aliquem iudicio listi sub pœ-



na, & non potest eum repræsentare, tenetur soluere poenam, si intra semestre eum non sistat. Itaque difficultas facti non excusat à poena seu interesse.

Obijcitur, quòd difficultas excusat promissorem in obligationibus faciendi. l. si vehenda. §. 1. Adl. Rhod. de iac. Vbi qui promiserat se traiecturum ad certa loca maris, & non potuit traicere, impeditus tempestate maris, excusatur. Resp. Aut iste qui promisit se curaturum, vt aliquid fieret, non potuit impedimentum, quod postea contigit, præuidere, vtputa si nauta insolitis & inusitatis quibusdam tempestatibus impeditus, non potuit ad locum præscriptum peruenire, & tunc excusatur. l. fistulas. §. fin. de cont. emp. Aut potuit casum seu impedimentum præuidere, & tunc difficultas à poena eum non excusat. Hanc distinctionem tradit & comprobat Zazius ad d. l. stipulatio ista. in princ. de V. O.

#### ASSERTIO XLI.

*In obligationibus facti promissor ad factum præcisè cogitur.*

**P**ROBATVR hæc sententia varijs legibus, puta per l. fidei commissa. §. fin. de leg. 3. vbi heres qui iussus est opus facere Reipub. præcisè ad factum compellitur, neque liberatur pecuniam dando Reipub. vt ipsa opus faciat. Ratio est, quia interest creditoris, factum potius à promissore, quam ab alio impleri, quia magna est inter artifices differentia. l. inter artifices. de solut. Idem obtinet in obligationibus, quibus ad restituendum quis tenetur. l. qui restituere. de rei vend. l. 3. §. heres. Commod.

Obijcitur l. si quis ab alio. §. vlt. de re iud. Vbi qui stipulanti damni infecti nomine, promisit se prohibitorium, ne quod ex ea re damnum stipulator patiat, si hoc non facit, tenetur tantum in id quod interest. Idemque in omnibus facti obligationibus seruari adijcitur. Resp. In illa l. debitor fuit in mora faciendi, quo casu liberum est creditori agere

agere ad id, quod sua interest propter moram. Ideoque debitor qui fuit in mora faciendi, in pecuniam condemnatur. Si verò mora in faciendo non erat commissa, debitor districtè ad factum compelli poterat. Ratio decidendi est, quia vt debitor præstando interesse ab obligatione facti eximatur, hoc non in fauorem debitoris morosi, cuius mora impunita esse non debet, l. 3. §. fin. de vsur. sed in gratiam creditoris receptum est, vt si non interfit sua amplius post moram fieri, aut factum non possit à debitore impleri, hoc non cedat damno creditoris. Itaque adhuc liberum erit creditori vel debitorem ad factum urgere, si in eius potestate est implementum, vel post moram interesse petere, si hoc creditor maluerit sibi præstari. Quod aperte ostendit l. stipulatio 21. §. fin. de no. op. nunc. Vbi dicitur, quòd si is qui nouum opus fecit, condemnatus est ad opus ceptum destruendum, esse in electione actoris, vtum præcisè conueniat reum ad factum, hoc est, ad restitutionem operis, an verò ad interesse præstandum. Hæc fuit sententia Martini veteris glossatoris, accuratè confirmata à Corasio lib. 2. Misc. c. 3. & Cuiacio ad l. 2. §. item si in facto. & l. 72. de V. O.

#### ASSERTIO XLII.

*Ex contractu procuratoris domino non acquiritur actio, sine cessione.*

**T**RADITVR hæc assertio in l. possessio 49. §. vlt. de acq. poss. qui textus semper ad hoc allegatur, quòd non competat actio ex contractu procuratoris domino, nisi ei cedatur. Vtputa si procurator rem emerit ex mandato domini, & traditam accepit, re euicta, domino actio de euictione non aliter competit, quam si procurator ei cesserit actionem ex empto vel ex stipulatu, eumque fecerit procuratorem in rem suam. l. si procuratorem 8. §. vlt. de Manda. Verum omnino cogitur procurator domino actionem cedere, cogitur inquam actione mandati, quia id exigit mandati fides.

Obijcitur l. 1. & 2. C. Per quas perso. no. acqu. vbi decidi-



tur, quod ex contractu mutui inito à procuratore nomine domini, acquiritur domino conditio certi sine cessione; & si pro mutuo pignus datum sit procuratori, acquiritur quoque domino per procuratorem actio hypothecaria sine cessione. Resp. Hoc singulari iure receptum est in pecunia credita, utilitatis ratione, quemadmodum & multa alia singularia circa mutuum pecuniam recepta sunt, ob crebrum & necessarium usum mutui. l. singularia. ff. de reb. cred.

Secundò aduersatur l. quod procurator 68. ff. de procur. & l. Iulianus 13. §. si procurator ff. de act. emp. in quibus traditur, quod domino ex contractu procuratoris etiam sine cessione acquiritur actio. Resp. Ibi super rebus domini procurator contraxit, & actionem acquisiuit. Quoties autem procurator ex re domini, vel circa rem, vel super re eius contrahit, toties acquiritur domino actio sine cessione. Vnde si procurator vendidit rem domini, quæritur actio ex vendito domino sine cessione, & de hoc est casus in d. l. Iulianus. §. si procurator. Similiter si res domini deposita vel commodata sit per procuratorem, patrisque sit procurator domino eandem rem restitui, dabitur ex æquitate domino utilis actio depositi vel commodati sine cessione. l. penul. C. Ad exhib. l. Publia 26. ff. de pos. Ita tradunt Bart. Castren. in d. l. possessio. §. fin.

ASSERTIO XLIII.

*Stipulatio sine verbis inter presentes prolatis, contrahi non potest, & per epistolam non recte contrahitur.*

**A**d substantiam & solennitatem stipulationis verba sunt necessaria. Stipulatio enim contrahi non potest nisi utroque loquente, & altero alterum exaudiente & intelligente. l. 1. in princ. & §. ult. ff. de V. O. Hinc stipulatio definitur verborum conceptio, quibus is qui interrogatur, daturum facturumve se id quod interrogatus est, respondet. l. 5. ff. eo. id est, Stipulatio nihil aliud est, quam verborum conceptio,

ptio, quæ ex interrogatione & responsione constat. Indèque est, quod inter absentes stipulatio neque per literas, neque per nuncium contrahi potest. §. Item verborum. Inst. de inut. stipul.

Obijcitur l. ea quæ 57. ff. de dona. int. vi. & vx. vbi utiliter per epistolam stipulatio contracta inter coniuges censetur. Resp. quod inter absentes contrahi stipulatio per epistolam non potest, sed legitimè inter presentes contracta stipulatio, literis vel iurati cautionibus mandari potest. l. Titia 134. §. ult. ff. de verb. obl. Itaque stipulatio fuit ibi inter presentes contracta, sed postea in epistolam collata est, vt facilius probaretur. l. Publia 26. §. ult. ff. de pos. Bart. & Zaz. in d. l. 1.

Secundò obijcitur l. obligamur 32. §. ult. ff. de obl. & act. vbi dicitur, quod etiam nudus consensus sufficit ad obligationem, licet verbis explicari possit. Resp. Illic agitur de obligationibus quæ consensu constant, quæ nullam proprietatem, id est, verborum necessitatem desiderant. l. 2. ff. de obligation. & act.

Tertiò obijcitur l. 1. in princ. C. de rei vx. act. vbi Iustinianus fingit intercessisse stipulationem dotis, licet nulla verborum conceptio interuenerit. Resp. Iustinianus non ait stipulationem absque verbis fieri in hoc casu, sed sicut fingit interuenerisse stipulationem, ita fingit intercessisse verba, quia fidei altera sine altera non potest consistere.

Quartò aduersatur l. 4. §. ult. ff. de fideiuss. tuto. vbi qui à tutore passus est se nominari fideiussorem, & nomen suum referri in acta publica, obligatur ex fideiussione, licet aliàs fideiussor non obligetur, nisi interuenerit stipulatio. Resp. Lex propter utilitatem pupillorum fingit intercessisse stipulationem, licet verborum solennitas non interuenerit.

ASSERTIO



## ASSERTIO XLIV.

*Stipulatio non valet, collata in arbitrium promissoris.*

**S**TIPULATIO quæ confertur in arbitrium promissoris, hoc modo, Dabis si volueris, non valet, quia nulla necessitate adstringit, promittentem. l. stipulatio 17. l. à Titio 108. ꝛ de V. O.

Sed obijcitur l. centesimis 46. §. vlt. ꝛ eo. vbi dicitur, quòd valeat hæc stipulatio, si quis promiserit se daturum, cum voluerit. Resp. Diuersa sunt hæc, non contraria. Nam in hac stipulatione, dabis si volueris, ponitur in arbitrio debitoris an debeat, in illa, cum volueris, quando debeat. Atqui quando debeat, rectè confertur in arbitrium debitoris, an debeat, non item. l. 7. ꝛ de contr. emp. Hæc autem stipulatio, cum volueris, dabis; effectum habet, si promissor viuus dixerit se velle dare, etiam si eo non dato decesserit. d. l. centesimis 46. §. vlt. Quòd si antequam constituerit se velle, promissor decesserit, heres eius non tenetur dare: quia voluntas ad heredem non transit, sed cum ipso promissore interit & extinguitur. l. 4. ꝛ loca.

Verùm huic sententiæ iterum aduersatur l. xi. §. sic fideicommissum; de leg. 3. vbi dicitur, quòd si legatum relictum sit sub ea conditione, cum heres voluerit, si ante mortem non declarauerit heres voluntatem suam, tunc ab herede heredis legatum debetur. Resp. Differunt hac in re vltimæ voluntates à contractibus. Nam legatum relictum sub ea conditione, cum voluerit heres, debetur, licet heres ante mortem suam non declarauerit voluntatem suam, velit nec ne. Sed in contractibus, quod promissum est sub hac conditione, cum quis voluerit, non debetur mortuo promissore, antequam constituat se velle. Ratio diuersitatis est, quia latior sit interpretatio vltimæ voluntatis testatoris, quàm contrahentium, ne vltima iudicia defunctorum reddantur elusoria. Ita rectè post Bartolum in d. l. centesimis. §. vlt. tradit Ioan. Robertus lib. 2. senten. c. 12. A quo dissentit

Cuiac.

Cuiac. in d. l. 17. ꝛ de V. O. Roberti ordinarius antagonista.

Tertiò pugnat cum hac decisione, quòd valet emtio, quæ confertur in arbitrium debitoris, hoc modo, si Stichus tibi intra certum tempus placuerit, esto tibi emtus aureis tot. §. pen. Inst. de emp. & vend. Resp. Ideò valet hæc emtio, quia non purè & absolutè confertur in arbitrium debitoris seu emtoris, sed sub conditione, si videlicet emtor intra certum tempus consensum suum declarauerit. Ideòque propter adiectionem temporis valida est emtio, quia non habet perpetuam causam nullitatis.

## ASSERTIO XLV.

*Inutilis stipulatio vim pacti non habet.*

**I**NVUTILIS stipulatio neque pacti, neque constitutæ pecuniæ vim habet. Vnde si quis stipulanti adnuat, ne quidem naturaliter obligatur quasi ex pacto & consensu. l. 1. §. si quis ita. de V. O. Vtriusque eadem est ratio, quia cum annuens voluerit stipulationem contrahere, non animo constituendi aut paciscendi, sed promittendi annuisse videtur: sed stipulatio sine verbis, hoc est, sine interrogatione & responsione congrua contrahi non potest. d. l. 1. in princ.

Obstat vulgata iuris regula, quæ habet, Si non valet, quod ago, ut ago, valeat saltem ut valere potest. l. si tam angusti 13. §. de seruit. Itaque cum in annuente sit consensus, etiam is qui interroganti annuit, ex pacto obligatur. Resp. Lex hic præsumit deesse consensum, quia constat contrahentes habuisse animum stipulandi: quemadmodum in simili respondit Vlpia. in l. 1. ꝛ de iu. cod. eius codicillos non valere, qui cum se testamentum facere opinatus est, codicillos fecit.

Secundò obijcitur l. inutilis. ꝛ de accept. & l. si vnus. §. pen. §. de pact. vbi dicitur, inutilem acceptilationem habere in se utile pactum, & consequenter naturalem liberationem, nisi contra sensum est, id est, nisi accepto latum est sine paciscendi animo. Ergo præsumi volunt illæ leges animum paciscendi, nisi contrarium probetur. Igitur & in inutili stipulatione præsu-



metur animus paciscendi, & consequenter naturalis obligatio. Resp. Aliud obtinet in acceptilatione, quàm stipulatione. Inutili acceptilationi inest pactum liberatorium, sed inutili stipulationi non inest pactum obligatorium. Ratio differentiæ est, quia promiora sunt iura ad liberandum, quàm ad obligandum. l. Arrianus. *¶* de obl. & act. Itaque facilius præsumit lex pactum liberatorium inesse inutili acceptilationi, quàm pactum obligatorium inesse inutili stipulationi. Ita tradunt Alciatus, Duarenus, Baro, Ferretus, & Cuiacius ad d. l. 1. §. si quis ita. *¶* de verb. oblig.

## ASSERTIO XLVI.

*Notarij, alijs stipulari, ijsque actionem  
acquirere non possunt.*

**C**OMMUNIS est DD. sententia, quòd Notarij publici stipulando ciuibus quibuslibet absentibus & præsentibus, obligationem acquirere possunt. Ita notat Guido Pap. decis. 49. & 222. vbi hanc sententiam in Concilio Gratianopolitano comprobata fuisse refert. Quæ quidem DD. opinio passim consuetudine obseruatur, sed tamen iure & legibus defendi non potest.

Confirmant autem DD. suam opinionem hoc argumento, quòd serui publici alijs iure possunt stipulari, ijsque stipulando actionem acquirere: vt patet ex l. 2. & 3. *¶* Rem pup. sal. l. 1. §. exigere. *¶* de mag. conu. l. non aliter. *¶* de adopt. Atqui Notarij seu tabelliones nostri temporis comparantur seruis publicis. Ergo & alijs possunt stipulando acquirere. Resp. ad propositionem, quòd hoc in pupillorum causa tantum specialiter receptum est, vt seruus publicus adhibeatur ad stipulandum pupillo, idque in duobus tantum casibus. Primò cum magistratus pupilli nomine satisfactionem exigere cogitur à tutore, rem pupilli saluam fore. d. l. 2. & d. l. 1. §. exigere. Secundò cum pupillus adrogatur: tunc enim & seruus publicus stipulatur nomine pupilli ab adrogatore, se bona restitutum illis, ad quos perti-

pertinerent, si adrogatio facta non esset. d. l. non aliter. Præterea falsum est, quòd in assumptione ponitur, quòd Notarij seruis publicis comparantur; quia moribus nostris tabularios liberos esse constat: imò non alij ad hoc munus ex constitutionibus admittuntur. l. 3. C. de tabular. lib. 10. Denique officium Notariorum est vt res gestas à contrahentibus literis & instrumentis mandent, non verò vt alijs contrahant, ijsque actionem acquirant. Hæc ~~quædam~~ contra communem DD. opinionem disputat & defendit Donel. ad l. 38. §. alteri. num. 31. 32. & 33. de V. O. Illa porò concors est DD. sententia, quòd pijs locis & pauperibus quilibet possit stipulari etiam verbis directis, & ipsis etiam absentibus. Bald. in l. illud. 1. colum. C. de SS. eccl. Iason in d. §. alteri. vers. Sextò limita. Eaque sententia nititur & fundatur iusta ratione; nam fauore dotis tanquam piæ causæ receptum est, vt quis stipulari possit dotem reddi extraneo. l. Gaius 45. *¶* Sol. matr. Ergò multò magis debet hoc admitti in pauperibus, & pijs locis, quæ plus habent fauoris. Zaz. ad d. §. alteri. num. 23.

## ASSERTIO XLVII.

*Promissio tam in dando, quàm faciendo consistens, transit ad heredes.*

**Q**VANDO quis promissit se aliquid daturum vel facturum, tunc actio ex stipulatu non solum datur contra promissorem, sed etiam transit ad eius heredes. l. 2. §. 1. & l. in executione 85. §. 1. *¶* de V. O. Atque hæc in stipulationibus dandi sine omni dubitatione procedunt. Sed illud dubitationem habet, an promissio in faciendo consistens ad heredes promittentis transeat. Et Iustinianus in l. ult. C. de contr. stip. constituit, vt stipulationes faciendi etiam ad heredes promissoris transeant. Vtputa si quis promittit se insulam, cum morietur, ædificaturum: hoc enim factum ab herede promissoris impleri debet.

Obijcitur l. centesimis 46. §. 1. *¶* de V. O. vbi dicitur, id



quod in facto consistit, inutiliter in tempus mortis conferri; veluti si quis promittit se Alexandriam iturum, cum morietur. Distinguendum. Aut factum tale promittitur, quod opus aliquod post se relinquit, puta si quis promittat se domum ædificaturum; hæc promissio ab herede promissoris impleri debet. d. l. ult. Hæc enim promissio opus aliquod post se relinquit; quamobrem quis faciat, nihil interest, dummodò opus fiat, l. vnica. §. Ne autem. C. de cadu. toll. Aut factum tale est, quod nullum opus post se relinquit, & hoc ab herede nequit expleri. Veluti si quis promittat se Alexandriam iturum. d. §. Ne autem. Vnde & talis facti stipulatio post mortem promissoris non rectè conferitur. d. l. 46. §. 1. Cuiac. ad l. 45. §. de V. O.

## ASSERTIO XLVIII.

*Stipulatio conditionalis est, Si petiero, decem dabis?*

**H**æc stipulatio, Decem cum petiero dabis? admonitionem magis quam conditionem significat, vt promissor ea decem soluat sine mora. Ideoque si stipulator decefferit, antequam decem petat, ad heredes petitio transmittitur. l. si decem 48. §. de V. O. Similiter legatum ita relictum, Cum legatarius petierit, conditionem nullam habet, sed admonitionem. l. Titia 85. §. de cond. & dem. Quod si hæc verba, Cum petiero, haberent conditionem, tunc stipulatore mortuo priusquam peteret decem, heredibus eius nihil deberetur, ac si conditio iuncta personæ defecisset. Nam conditiones quæ continent factum cohærens personæ, vt sunt petere, velle, ire, venire, ad heredes non transeunt. l. 3. §. fin. §. Quib. mod. vlt. amit. Itaque si defunctus talia facta non impleuit, ab herede eius perfici non possunt. l. qui heredi 44. l. si ita expressum 69. §. de cond. & dem. l. si ita legatum 65. §. 1. §. de leg. 1.

Aliud dicendum est in ista stipulatione, decem si petiero, dare spondes? Hanc enim conditionalem esse stipulationem rectè notant Accur. Bart. Castr. Alex. Donel. & alij in d. l. si decem. frustra repugnante Cuiacio ibidem. Ista enim verba,  
Si pe-

Si petiero, propriè & principaliter conditionem designant. l. si Titius 9. §. de verb. obl.

Sed obijcitur, quod tam particula Si, quam CVM, reddant actum conditionalem. per l. 38. §. inter incertam. §. de V. O. & l. qui promisit 48. §. de cond. inde. Ergo vtraque stipulatio, cum petiero, & si petiero, conditionalis est. Resp. Hoc verum est in conditionibus, quæ extra naturam actus assumuntur. Sic perinde est, siue quis promittat, si Titius, vel cum Titius Consul factus fuerit, vel si venero, aut cum venero ad talem locum. Aliud verò dicendum est in conditionibus, quæ ex natura actus tacitè insunt. In illis enim particula CVM, vt cum petiero, non importat conditionem. Vnde stipulatore mortuo antequam petat, tamen heredes petere possunt. Si verò dicas, si petiero, conditionalis sit stipulatio. Ideoque conditione non impleta à stipulatore, nihil debetur eius heredibus, quia facultas implendi conditionem potestatiuam non transit ad heredes. tex. in l. à testatore 109. §. de cond. & dem. l. centesimis 46. §. si. §. de V. O. Castren. & Zaz. in d. l. si decem.

Secundò obijcitur, quod Vlpianus ait in l. mutò. §. sub conditione. §. de tutel. hanc tutoris dationem, Te tutorem do, si satisfeceris, non conditionem, sed admonitionem habere. Resp. Quod in omnibus actibus verba ita interpretanda sunt, vt actus potius valeat quam pereat, arg. l. quoties 80. de V. O. Cum autem à magistratu tutor conditionaliter dari non possit, d. §. sub conditione. l. actus legitimi. §. de R. I. hæc verba, si satisfeceris, non vt conditionalia, sed vt admonitoria accipi debent, vt tutoris datio valeat.

## ASSERTIO XLIX.

*Ex pura obligatione confestim debitum peti potest.*

**H**æc definitio, quod ex pura obligatione, quæ diem ad solvendum non habet, confestim agi possit, expressè traditur in §. Omnis. Inst. de V. O. & l. cum qui 56. §. qui ita stipulatur. §. eo.

Tria iuris loca huic decisioni aduersantur. Primò repugnat



§. ult. Inst. de verb. obl. vbi dicitur, fundo aut seruo purè promisso, tantum temporis promissori concedendum esse, quo rem promissam commodè tradere possit. Resp. Ideò ibi tale tempus conceditur debitori ad tradendum fundum, quia tacitè ex natura stipulationis, inest tempus aliquod, intra quod promissor fundum tradat. Nam cum fundus tradi debeat in eo loco vbi situs est, tacitè censetur inesse tantum temporis, quo ad locum commodè perueniri possit, in quo fundus qui tradi debet, situs est.

Secundò in contrarium adfertur l. quod dicimus 105. §. de solut. Vbi dicitur, quòd debitor purè obligatus non statim cogendus sit soluere, sed moderatum aliquod tempus illi dandum est ad soluendum. Resp. Statim quidem & confestim reus ex puro debito conueniri potest, quia obligatio & actio ex contractu perfecto statim nata est; sed tamen humanitatis causa breue aliquod spacium & laxamentum debitori datur ad soluendum, l. si debitori 21. §. de iudic. quia creditor non debet statim venire cum sacco paratus. Hoc autem tempus quidam duorum mensium, ex l. debitoribus. §. de rei iud. quidam tantum decem dierum esse putant, ex l. promissor. §. 1. §. de const. pec. Sed tempus illud iudicis arbitrio relinqui, vt ille pro modo qualitatis personarum, & quantitatis pecuniarum hoc statuatur, rectissimè docuit Menoch. de arb. iud. lib. 2. cent. 1. casu 27. Quam sententiam probat tex. elegans in l. in fraudem. §. fiscalibus. §. de iure fisci.

Terriò obijcitur d. l. promissor. §. 1. vbi dicitur, quòd si quis constituit sine die se soluturum, quòd decem dies habeat ad soluendum. Resp. In omni constituto tacitè inest dies ex edicto Prætoris. Nam verba edicti Prætoris ita habent, Si appareat, eum qui constituit, neque soluere, neque fecisse quod constitutum est, actionem de constituta pecunia dabo. Iam autem constare non potest, constituentem neque soluisse, neque fecisse, nisi tempus aliquod prætereat, ex quo appareat debitorem non fecisse quod constituit. Intelligitur ergo ex verbis edicti, modicum tempus inesse constituto, post quod exactio celebretur, quasi appareat, post hoc tempus non fecisse debitorem quod consti-

constitutum est. Id autem non est minus quàm decem dierum. Cuiac. & Donel. ad l. 41. §. de V. O.

## ASSERTIO L.

*Conditionalis creditor etiam creditoris loco habetur.*

**E**VIDENTER hæc decisio probatur in l. creditores 10. & l. conditionales 54. §. de V. S. vbi dicitur, creditores esse accipiendos, quibus purè, in diem, vel sub conditione debetur.

Sed in hoc articulo occurrit antinomia inter l. 6. & l. pen. §. Ex qu. ca. in poss. ca. Nam in l. 6. affirmatur, eum cui sub conditione pecunia promissa est, mitti posse in possessionem bonorum debitoris. Contra in l. pen. eo. tit. asseritur, quòd creditor conditionalis in possessionem non mittitur, quia is mittitur, qui ex edicto potest bona vendere. Resp. Distinguendū est, trum ex primo an ex secundo decreto in possessionem eatur. Ex primo decreto omnes omninò creditores etiam conditionales, debitorum bona possidere possunt, d. l. 6. l. si filiofam. 11. eo. tit. Nam ex hoc decreto nuda tantum detentio & custodia bonorum conceditur, & interest creditorum conditionalium, cauere sibi de debito existente conditione soluendo. Vnde & cautionem de pecunia in euentum conditionis soluenda impetrare possunt. l. 4. §. de separa. Ex posteriori decreto creditores conditionales non mittuntur in possessionem, quia illi solum mittuntur ex secundo decreto, qui bona vendere possunt. d. l. pen.

Secundò aduersatur l. is cui 42. de O. & A. vbi dicitur, quòd is cui legatum est sub conditione, ante existentem conditionem creditor non censetur. Resp. Quod dicitur conditionalem creditorem loco creditoris censerì, hoc verum est de eo cui debetur sub conditione ex contractu, non de legatario conditionali. Nam legatarius conditionalis non habetur pro creditore. Ratio est, quia in stipulationibus alijsque contractibus spectatur tempus contractus, ideoque etsi sint conditionales, tamen assumunt vires à tempore contractus. l. si filiofam. 78. §. de V. O. l. vsusfructus.



Etus. ꝛ de stip. feru. In legatis verò tantum spectatur tempus extantis conditionis. Vnde hæc existit differentia inter legata & stipulationes conditionales, quòd stipulatio conditionalis per se statim consistit, & ab initio contractus substantiam accipit, & ob id in heredem transmittitur, etiamsi stipulator vel promissor moriantur ante euentum conditionis. § ex conditionali. Inst. de V.O. Legata verò conditionalia à tempore existentis conditionis demum vires & substantiam capiunt. Ideoque legatum conditionale non transmittitur in heredem legatarij, mortuo ante existentem conditionem legatario, quia ante euentum conditionis nullas habet vires, l. vnic. §. sin autem aliquid. C. de cadu. toll.

## ASSERTIO LI.

*Duo rei tenentur in solidum, etiam nouo iure  
Authenticorum.*

**Q**UANDO duo vel plures Rei promittendi constituti sunt, huius obligationis hic est effectus, vt singuli solidum debeant, & seorsim à singulis solidum peti & exigi possit, etiamsi omnes præsentis & idonei sint. Ea enim est vis & potestas obligationis duorum reorum debendi. l. 3. §. vlt. l. eandem. §. vlt. ꝛ de duo. reis. Verùm communiter DD. tradunt, hunc effectum obligationis duorum reorum promittendi hodie mutatum esse per Nouellas constitutiones, scilicet Auth. hoc ita. C. de duob. reis. & No. 99. In quibus deciditur, quòd hodie duo correi debendi pro virilibus portionibus tantum conueniri debeant, non in solidum, nisi alter aut absens sit tempore iudicij accepti, aut inops, aut renuntiatum sit beneficio nouæ constitutionis. Ita communiter intelligunt DD. d. Auth. Ferr. Cantiancula, Baro, Linius & Minf. ad tit. Inst. de duo. reis.

Verùm ab hac sententia recedunt Accur. & Cuiac. qui putant idem hodie obtinere, quod olim, & plures reos debendi etiam hodie in solidum conueniri posse statuunt. Quorum sententia verior est, & iuri magis consona. Non enim Nouel. 99. abrogat,

abrogat, quòd duo rei in solidum exigi & conueniri possint, nam d. No. tractat tantum de reis, qui vice mutua fideiusserunt. Ita inscriptio Nouellæ habet *περὶ ἀλληλεγγύων*, id est, de duobus reis, qui vice mutua fideiussores accepti sunt. Sententia eius Nouellæ hæc est. Duo rei promittendi constituti sunt, ita vt singuli in solidum tenerentur, ac adiectum est, vt vice mutua fideiussores existerent, seu vt alter pro altero fideiuberet (non videtur autem vice mutua fideiussisse, nisi id nominatim actum sit. l. reos. ꝛ de duob. reis) Hoc casu Iustinianus constituit, vt si omnes sint soluendo, & præsentis, habeant beneficium diuisionis, hoc est, vt quilibet obligetur pro portione virili, non in solidum. Ergo si simpliciter sine fideiussione duo rei constituti sunt, quilibet in solidum conueniri potest, nec reus conuentus beneficium diuisionis allegare potest, quod beneficium non datur reis seu principalibus debitoribus, sed fideiussoribus. Beneficium diuisionis, quod Hadrianus dederat mandatoribus & confideiussoribus, idem Iustinianus reis constitutæ pecuniæ indulget. l. vlt. C. de const. pec. Nunc in ea Nouella idem concedit reis promittendi, qui vice mutua fideiubent. Ita Cuiac. explicat hæc in notis ad Inst. ad tit. de duo. reis, & No. 99. Approbat Costal. ad l. vir vxori 17. ꝛ ad SC. Vell.

## ASSERTIO LII.

*Uno ex duobus correis debendi pro parte conueto, vel soluente,  
idem pro alia parte nihilominus exigi potest.*

**S**i pars debiti ab vno ex correis debendi petita & soluta sit, nihilominus ab eodem residua pars debiti peti & exigi potest. Neque enim petitio aut receptio partis debiti, in duobus correis debendi, præiudicat creditori, quin alteram partem ab eodem vel alterutro petat aut recipiat. tex. est in l. si ex toto 8. §. 1. de leg. 1. vbi hoc de duobus heredibus eiusdem pecuniæ reis, ex quibus vnus partem soluit legatario, disertè scriptum extat. Quod eodem modo in alijs quoque correis, qui ex contractu quid debent, obtinent, cum eadem utrobique mi-



litet ratio. l. Reos. C. de fideiuf. Idem quoque in pluribus fideiussoribus decisum est, vt si ab vno ex eis pars sit petita & accepta, propterea non censeatur diuisa obligatio, sed possit nihilominus ab eodem pars altera peti, si confideiussor non sit soluendo. l. inter eos s. i. §. 1. ꝛ de fideiuf.

Huic tamen assertioni valdè aduersatur l. si creditores. C. de pact. vbi vnus ex pluribus reis debendi partem soluens pro sua persona, non poterit pro altera parte conueniri. Resp. Ibi admisit creditor vnum ex correis pro parte soluentem, id est, accepit partem ea mente, ne quid ab eo præterea peteret, hoc enim significat admittere pro parte. arg. l. si stipulatus 15. §. vlt. ꝛ de fideiuf. Regulariter ergo vno ex duobus reis debendi soluente pro parte, potest creditor ad eundem reuerti pro altera parte, nisi creditor eo animo accepit, ne quicquam ab eo postea peteret. Quod tunc videtur fecisse, si dixit, Peto à te quinque, pro parte quæ te cõtingit. Vel si vnus reorum debendi soluit sponte partem, & dixit, Soluo pro parte mea, tunc enim creditori alteram partem ab eo postea petenti obstabit exceptio pacti. d. l. creditores. Castren. ad d. l. si ex toto 8. §. 1.

Secundò obijcitur l. liberum. C. de fideiuf. vbi dicitur, quòd si creditor egit contra plures fideiussores vel correos debendi pro parte, si vnus non sit soluendo, non habet regressum contra alios. Resp. Ibi creditor omnes correos vel fideiussores simul conuenit, quemlibet videlicet pro parte, quo casu censetur actionem diuisisse. Ideoque si fortè vnus ex ijs non sit soluendo, non poterit alterum pro ea parte conuenire, quia semel actionem diuisit. sed in d. l. 8. §. 1. item in d. l. reos, vnum tantum reum vel fideiussorem conuenit pro parte, vnde non censetur actionem diuisisse. Castr. d. loco.

ASSERTIO

## ASSERTIO LIII.

*Fideiussor qui in maiorem summam fideiussit, saltem in eam quam principalis debet, tenetur.*

**V**ETVS & ardua quæstio est, An quoties plus est in fideiussoria obligatione, quàm principali, in totum corruat fideiussio, an verò valeat ad summam vsque concurrentem. Verbi gratia, si reus quinque debeat, & fideiussor sit acceptus in decem, an in quinque obligetur. Et communis est DD. sententia, quòd in totum sit inutilis fideiussio; quæ tamen opinio erronea est & falsa: cum in eam summam quam principalis debet, fideiussor vtique consenserit, quia in maiori summa inest minor. l. inter stipulantem 83. §. si stipulante. l. si ita 110. ꝛ de ver. obl. vbi dicitur, quòd in stipulationibus summarum vel quantitarum, semper id quod minus est, sponderi videtur. Vnde & in stipulationibus, qui decem interrogatus, viginti promittit, in viginti tamen obligatur. l. 1. §. si stipulanti. vbi Duare. ꝛ de ver. obl.

Sed obijcitur l. Græcè. §. illud. ꝛ de fideiuf. & §. fideiussores. Inst. eo. vbi dicitur, quòd fideiussor non possit obligari in duriores causam, quàm principalis. Resp. quòd illarum legum hæc est sententia, ne fideiussor teneatur in id, quod excedit sua obligatio principalis debitoris obligationem. Nec quicquam obstat d. §. illud: cum eius textus verba ita legenda sunt, *placuit eos non omnino obligari*: non enim omnino & in totam summam, in quam fideiussit, nos fideiussorem obligatum dicimus, sed eo fine & modo tantum, quo principalis obstringitur. Sensus itaque istorum verborum est, quòd fideiussor in duriores causam acceptus, obligatur quidem, sed non in maiorem summam, quàm debitor principalis. Gilber. Regius lib. 2. *Εναρτιοφωων*. c. 20. Eandem sententiam luculenter comprobant l. hactenus in fi. ꝛ de const. pecu. & l. rogatus. ꝛ Manda. Approbat & defendit hanc opinionem quoque Petrus de Bella Pert. in d. §. illud, vbi pulchrè notat, quando illud quod est in fideiussoria



obligatione, reperitur quoque in principali, tunc fideiussor obligatur. Vtputa si fideiussor se obliget in viginti, cum principalis debitor ad decem tantum esset obligatus, tenebitur fideiussor in decem, quia in viginti insunt decem. arg. l. 1. §. si stipulanti. *¶* de V.O. Illud postremo notandum est, quod si quis scienter fideiubeat in maiori summa, quam debitor principalis sit obstrictus, donare videtur, & in solidum tenetur. per l. Campanus. *¶* de op. liber. Notat Petr. Iaco. in pract. in for. libel. *¶* de const. pecu.

## ASSERTIO LIV.

*Fideiussoris obligatio non augetur ex mora Rei, ut ad vsuras, pœnam, aliásque accessiones teneatur.*

**I**n hac difficili & perplexa quaestione, qua disceptatur an fideiussor ex mora Rei, teneatur ad vsuras, pœnam, aliásque accessiones, probabilior & verior sententia tali distinctione explicatur. Aut fideiussor simpliciter constitutus est, & tunc ad sortem tantum obligatur, ad vsuras vero aliásque accessiones, quæ ex mora Rei accedunt, non tenetur. Probatur hæc decisio per l. fideiussor 10. C. de fideiuf. vbi dicitur, quod ad hoc ut fideiussor teneatur ad vsuras, requiritur, ut nominatim in vsuras accipiatur, alioqui simpliciter acceptus, obligatur duntaxat ad sortem. Confirmatur & hoc per l. vlt. *¶* de fideiuf. vbi ad pœnam in quam propter suam moram vel culpam debitor incidit, fideiussor non tenetur. Ratio est, quia cum effectus contractus semper se referat ad tempus contractæ obligationis, l. Rutilia. *¶* de con. emp. non videtur fideiussor simpliciter intercedens, in aliud se obligare, quam intercessionis tempore debebatur. l. per retentionem. & l. pignoribus. C. de vsur. Aut fideiussor obligauit se in omnem causam actionis, vel in omne id, quod ex natura contractus debetur: & hic tenebitur in id quod interest, & in vsuras ex mora rei debitas. Hæc enim verba fideiussionis palam ostendunt, fideiussoris mentem hanc esse, ut ad accessoria quoque se obligaret. tex. rotundus in l. quæro. *¶* loca. & l. initio. C. de pact. int. emp.

Objici-

Objicitur l. si posteaquam. *¶* Rem pup. fal. vbi fideiussor qui pro tutore rem pupilli saluam fore cauit, tenetur in vsuras & fructus ex mora tutoris debitos. Resp. Hoc speciali favore pupillorum indultum est contra fideiussores tutorum, ut ad omnes accessiones teneantur ex mora Rei, l. 3. & 5. *¶* de fide. tut. quemadmodum & alia multa singularia in gratiam pupillorum à legiflatoribus sunt constituta. Coras. lib. 2. Misc. c. 12.

Secundò opponitur l. 2. §. vlt. *¶* de adm. rer. ad ciuit. pert. cui coniungenda est l. fideiussores 68. §. 1. *¶* de fideiuf. Vbi qui fideiussit pro cōductore publicorum vectigalium, & simpliciter acceptus est, etiam iure in vsuras conuenitur, nisi fideiussit in certam summam, puta in centum aureos tantum. Dicendum est, illud ius singulare esse conductorum publicorum vectigalium, ut fideiussores conductorum vectigalium in omnem causam teneantur. Nam & in conductione vectigalium multa specialia sunt recepta, ut scilicet filijfam. non admittantur ad eam conductionem. l. 3. *¶* ad S C. Maced. vbi lex ait, eum videri patremfam. qui vectigalia conducta habet.

Tertiò objicitur l. si quis pro eo. §. si nummos. *¶* de fideiuf. vbi fideiussor qui pro eo interuenit, qui alienos nummos mutuo accepit, obligatur, si nummi consumti sint: & additur ratio, quia in omnem causam fideiussisse censetur, quæ ex numeratione nasci potest. Resp. Ibi nõ augetur fideiussoris obligatio ex mora debitoris, ut fideiussor in aliud præter sortem teneatur, sed inuvalida obligatio roboratur respectu principalis debiti. Mutuum namque rei alienæ per consumptionem reconciliatur, sed non in alio quam in sorte. l. nam etsi 13. l. non omnis 19. §. vlt. *¶* de reb. cred.

Quartò opponitur l. quæro 54. *¶* loca. vbi fideiussor, qui pro cōductore simpliciter fideiussit, tenetur etiam ad vsuras pensionum sua die non solutarum. Idque ea ratione decisum est, quia oportuit eum adhibere diligentiam, ne differretur solutio pensionum. Resp. Ibi fideiussor non simpliciter intercessit, sed in omnem causam fideiussionis se adstrinxit, hic tenetur ad vsuras, & fructus, & omni causa, quæ ex obligatione manare potest.

Quintò objicitur l. 2. §. vlt. & l. seq. *¶* Qui satis. cog. vbi in fideiussor-



deiuſſorem, qui aliquem iudicio ſiſti promiſit, tanti quanti ea res eſt, actio datur. Reſp. Ideo fideiuſſor datus pro alio in iudicio ſiſtendo, tenetur ad id quod intereſt, quia actio ſuper qua reus principalis conueniebatur, originaliter ad id competebar. Ad id enim tempus, quo primum fideiuſſor dabatur, reſpiciendum eſt. Tunc enim ab origine actione propoſita comprehenſum fuerat, vt ſi reus non ſiſteretur, fideiuſſor ad ea teneretur, ad quæ actio à principio competebar. Ultra vero fideiuſſor non eſt conueniendus. l. ult. C. de fideiuſ. Vltimò obſtat l. i. §. belliffime. ¶. Vt lega. no. cau. vbi dicitur, ſi heres ſatſedit legatorum nomine, quòd iſta ſatſdatio incrementum accipiat ex mora rei, ad fructus, & uſuras. Reſp. Hoc ſit ideò quia hæc eſt prætoria ſtipulatio. l. i. ¶. de præſ. ſtip. Atqui in ſtipulationibus prætorij & iudicialibus obrinet, vt etiam omnes rei acceſſiones in futurum comprehendant. arg. l. ſi ſtipulatus 76. §. i. in verb. non vt in iudicijs etiam futurum. & ibi Donel. ¶. de V. O.

## ASSERTIO LV.

*Fideiuſſor cuiuslibet obligationi accedit, etiam naturali tantum.*

**O**MNI obligationi fideiuſſor accedere poteſt, & non ſolum naturali & civili obligationi ſimul, ſed etiam naturali vel civili tantum: l. i. ¶. de fideiuſ. §. i. Inſt. eo. Vnde qui pro pupillo ſine tutoris auctoritate naturaliter obligato fideiubet, non ſolum naturaliter, ſed & civiliter obligatur, l. Marcellus 25. l. 2. l. fideiuſſor 16. §. fideiuſſor, ¶. de fideiuſ. l. ſi pupillus 127. ¶. de V. O.

Sed d. l. Marcellus, grauiter obſtat l. is cui 6. ¶. de V. O. vbi dicitur, quòd pro furioſo & prodigo non interueniat ytiliter fideiuſſor; cuius contrarium in d. l. Marcellus, affirmatur. Reſp. ſpondet Cuiac. ad d. l. 6. rectè ſub diſtinctione. Aut fideiuſſor interceſſit pro furioſo vel prodigo iure obligato, vtputa ex quaſi contractu vel delicto obligato: quibus caſibus iure obligatur, & tunc fideiuſſor efficaciter tenetur. l. furioſus 46. ¶. de obl. & act.

Aut

Aut fideiuſſor interceſſit pro furioſo vel prodigo iure non obligato, vtputa quando ſtipulanti ſine auctoritate curatoris promiſerunt, & tunc fideiuſſor nec pro ijs adſtringitur. Eaque diſtinctio comprobatur in l. ſi à reo 70. §. ſi à furioſo. ¶. de fideiuſ. Quoties vero fideiuſſor pro debitore naturaliter tantum obligato, vtputa pro pupillo ſine tutoris auctoritate promittente interceſſit, efficaciter poteſt conueniri, quamuis principalis debitor actione pulſari non poſſit. l. vbiunque 61. ¶. de fideiuſ. d. l. ſi pupillus.

Secundò obſtat huic deciſioni, quòd dicitur, fideiuſſorem non poſſe obligari in durioſam cauſam quam reum principalem. l. Gracè. §. illud. ¶. de fideiuſ. Reſp. Hoc ita intelligendum eſt, quòd fideiuſſor non poſſit in plus teneri, quam eſt in principali obligatione; poteſt tamen arctiori & efficaciore obligationis vinculo deuinciri: itaque non conſtituitur hic durior cauſa fideiuſſoris, ſed firmior, & efficacior.

## ASSERTIO LVI.

*Exceptiones quæ Reo competunt, etiam fideiuſſori conceduntur.*

**H**ÆC enunciatio aperte & diſertis verbis traditur in l. omnes 19. ¶. de excep. & l. deſenſiones 11. C. eo l. ex persona 32. ¶. de fideiuſ. Quæ tamen aſſertio tali diſtinctione temperatur, quòd aut ſunt exceptiones quæ perſonæ coherent, & ex perſonali beneficio vel priuilegio reo competunt, & hæ non tranſeunt ad fideiuſſores. Aut vero propter rei negotijque naturam dantur; & hæ fideiuſſoribus quoque competunt. l. exceptiones 7. ¶. de excep.

Sed obſtat vehementer l. i. C. de fideiuſ. vbi dicitur, quòd Reo liberato, vt quia adempta parte bonorum exulare iuſſus eſt, nihilominus tenentur fideiuſſores. Reſp. Reus principalis ibi non eſt liberatus: Cum enim bona eius propter delictum ſunt publicata, fiſcus in illius locum, veluti heres ſuccedit, qui pro ea parte, pro qua bona publicantur, loco principalis debitoris adhuc debere intelligitur.

Verum



Verum d. l. 1<sup>a</sup> grauius aduersatur l. 4.  $\bar{n}$ . Qui satis. cog. & l. sed et si 4.  $\bar{n}$ . Si quis cautio. vbi condemnato capitis reo seu debitor principali, qui se iudicio fisci promiserat datis fideiussoribus, etiam fideiussoribus rei condemnati contra obligationem iudicio fisci datur exceptio. Resp. d. l. 1. loquitur, quando fideiussor pro principali debito, seu iudicato soluendo fideiussit, tunc enim debitor deportato nihilominus tenentur fideiussores. Aliud obtinet, quando fideiussor tantum promisit de debitor exhibendo & sistendo in iudicio, tunc enim exceptio competens Reo propter mutationem status, vt quia deportatus est, vel in exilium abiit, transit quoque ad fideiussores. Additio ad Gl. in d. l. sed et si, in verb. quid ergo, & ibid. Baro.

Secundò grauius pugnat cum d. l. 1. C. de fideiuf. l. in fraudem 45. §. si principalis.  $\bar{n}$  de iu. fis. vbi dicitur, principalis rei siue debitoris bonis ad fiscum deuolutis, etiam fideiussores liberari. Resp. Illa l. tractat de debitor ipsius fisci, qui fisco ex contractu obligatus erat, non de alio debitor extranei, cuius bona postea in fiscum propter delictum redacta sunt. Si huius debitoris bona ad fiscum creditorem peruenerunt, id est, si fiscus proprio debitori successit, liberantur etiam fideiussores: nam creditor succedit debitori, & obligatio confusione tollitur. l. Stichum §. aditio.  $\bar{n}$  de solut. l. debitori. C. de pact. Donel. ad l. 1. C. de fideiuf.

## ASSERTIO LVII.

*Exceptiones præscriptionis, rei iudicatæ, & iurifurandi, debitori competentes, fideiussori quoque præstantur.*

**E**XCEPTIO præscriptionis, quæ debitori principali competit, fideiussori quoque tribuitur, quando quidem rei cohæret. l. exceptiones 7. §. 1.  $\bar{n}$  de excep. Quòd autem rei cohæreat, inde manifestum est, quòd obligationem concernat, & plenissimam securitatem pariat, ac sit solutioni similis. l. si pupillus 45.  $\bar{n}$  de adm. tuto. Insuper præscriptio antecedens impedit, ne fideiussor obligetur, ergo & subsequens idem operabitur. l. si quis postquam 37.  $\bar{n}$  de fideiuf.

Verum

Verum obijcitur, quòd præscriptione non tollatur naturalis obligatio, cum tempus non sit modus tollendæ obligationis. l. obligationum 44. §. 1.  $\bar{n}$  de obl. & act. fa. l. atqui natura 19. in princ.  $\bar{n}$  de neg. gest. vbi dicitur, quòd qui tempore liberatus est, etiam post tempus debitor manet. Ergo fideiussor ea exceptione se tueri non potest, cum & pro naturaliter obligato debitor fideiussor efficaciter interueniat. Resp. Licet naturalis obligatio supersit, tamen est ea sine effectu, cum sine radice, hoc est, principali obligatione consistere nequeat. l. vlt. §. vlt.  $\bar{n}$  Rem rat. hab. l. sicut. l. omnes. C. de præsc. 30. an. vbi dicitur, quòd qui præscriptione 30. vel 40. annorum nititur, plenissima securitate munitus est: ergo omnis effectus naturalis obligationis tollitur.

Porrò quòd exceptio rei iudicatæ, quæ competit debitori per sententiam absoluto, etiam fideiussori eius competat, item quòd exceptio iurifurandi debitori competens, fideiussori quoque concedatur, euidenter probatur in d. l. exceptiones, & l. in duobus 28. §. 1. & l. vlt. §. vlt.  $\bar{n}$  de fideiuf.

Sed obijcitur l. vbi cunque 60.  $\bar{n}$  de fideiuf. vbi dicitur, vbi cunque Reus ita liberatur à creditore, vt natura debitum maneat, tenetur fideiussor. Sed post rem iudicatam remanet naturalis obligatio. l. Iulianus 60.  $\bar{n}$  de cond. indeb. Ergo reo quantumuis liberato, nihilominus fideiussor obligatus manebit. Resp. Vbi cunque quis pro ciuilitate & naturaliter obligato intercessit, sublata ciuili obligatione, fideiussor quidem stricto iure adhuc tenetur, liberatur tamen ope exceptionis. Accur. in d. l. vbi cunque. in fine.

## ASSERTIO LVIII.

*Obligationibus ex delicto fideiussor accedere potest.*

**Q**UOD obligationibus ex delicto fideiussor adhiberi potest, euidenter confirmatur per l. Gracè 9. §. sed et si 4. & l. si quis pro eo 56.  $\bar{n}$  de fideiuf.

Obijcitur l. 1. & 3.  $\bar{n}$  de custo. & exhib. reo. vbi traditur, in

Qqq

crimina-



criminalibus causis Reum carceri mancipandum esse, neque fideiussores ullos pro Reo interuenire posse. Resp. sub distinctione. Aut poena corporalis propter delictum imponi debet; & tunc pro Reo carceri incluso fideiussores non sunt accipiendi. d. l. 3. Ratio duplex est: Prima, quia nemo suae vitae, suorumque membrorum est dominus. l. liber homo 13.  $\text{\textcircled{r}}$  Ad l. Aquil. vnde nec pro aliquo se ad poenam corporalem obligare potest. Altera ratio est, quia si reus animaduertet se sententia corporaliter damnatum iri, fuga profecto sibi salutem quaereret, hac ratione sententiae executionem euitaturus, atque ita iudicium redderetur elusorium, cum ab ipso fonte sumi supplicium non posset, nec fideiussor vice eius poenam sustinere teneretur, quia poenae suos debent auctores tenere. l. sancimus. C. de poen. Aut delicto tantum poena pecuniaria imposita est, & tunc reus sub fideiussoribus e custodia dimittendus erit. d. l. 1. & l. 4.  $\text{\textcircled{r}}$  de custod. reo. d. l. si quis pro eo. §. vlt. l. eos. §. super his. C. de appel. Ratio est, quia sicuti ab ipso Reo, ita & ab eius fideiussore huic poenae satisfieri potest, cum non agatur de damno corporis, sed pecuniae. arg. l. denique. cum l. sequ.  $\text{\textcircled{r}}$  de iu. fil. Haec distinctio vnanimi consensu atque suffragio DD. approbata est. Bart. & DD. in l. 1.  $\text{\textcircled{r}}$  de cust. reo. Azo in Sum. C. eius. tit. Gomez. de delict. c. 9. num. 8. Wesem. in parat.  $\text{\textcircled{r}}$  de cust. reo. num. 5. Itaque fideiussor non potest interuenire pro Reo, vt se obliget ad poenam corporalem.

Verum iterum obijcitur l. si Barsatorem 13. C. de fideiuf. vbi qui promisit se exhibiturum latronem, si non faciat, remittitur puniendus ad praesidem prouinciae. Resp. Haec sic accipienda est, Quod qui promisit se exhibiturum latronem, compellendus est, vt vel is exhibeat latronem stipulatori, vt is contra eum de iure suo statuatur, vt existimauerit, aut vt eum scilicet latronem transmittat ad magistratum, qui in illum inquirat, & puniat. Donel. ad d. l. 13. Quod si fideiussor Reum dolo malo non exhibeat, punietur secundum motum seu arbitrium iudicis, vel consuetudinem, extra ordinem. l. 4.  $\text{\textcircled{r}}$  de custo. Reo. l. 2. C. Ad SC. Turp. Imo & corporaliter puniri potest fideiussor, si dolo vel fraude eius reus fuga elapsus sit, vt si dolose eum celauit,

celauit, vel fugae eius auxilium aut subsidium subministravit. l. pen. C. de custo. reo. l. si Barsatorem 13. C. de fideiuf. Wesem. in parat. de custo. reo. num. 4. & 6.

## ASSERTIO LIX.

*Pactum de non petendo inter debitorem & creditorem initum, fideiussori quoque prodest.*

**S**i pactus est debitor cum creditore, ne à se pecunia petatur, hoc pactum fideiussori quoque proficit, vt is à fideiussoria obligatione liberetur: tex. est in l. vlt.  $\text{\textcircled{r}}$  de pact. Ratio est, quia debitoris interest obligationem fideiussoris dissolui, ne ipse à fideiussore actione mandati aut negotiorum gestorum iterum conueniatur. l. quod dictum 32.  $\text{\textcircled{r}}$  de pact. l. 4.  $\text{\textcircled{r}}$  de neg. gest. Quod adeo verum est, vt quamuis debitor postea iterum pactus sit, vt à se peti liceat, tamen prioris pacti utilitas fideiussori suo sine consensu suo auferri nequeat. d. l. vlt. vbi dicitur, verius esse exceptionem pacti fideiussori semel quaesitam, vltius ei inuito extorqueri non posse.

Huic assertioni obijcitur l. si vnus 27. §. pactus.  $\text{\textcircled{r}}$  de pact. vbi Paulus IC. ait. quod prius pactum à debitore interpositum, per subsequens eius pactum elidatur, & extinguatur, & deinde subiungitur, eademque ratione euenire, ne prius pactum fideiussoribus proficit. Resp. Iste §. intelligendus est de pacto fideiussoris, non de pacto rei, vt quemadmodum prius pactum per posterius eliditur, Reo pacifcente postea de petendo, cum prius conuenisset de non petendo debito, ita quoque fideiussoris prius pactum eliditur per posterius, ab eodem fideiussore interpositum. Talis itaque adhibenda est distinctio: Aut vtrunque pactum fit à debitore principali, & tunc fideiussor semel liberatus debitoris pacto, non potest iterum obligari, debitoris contrario pacto sine suo consensu inuito. Aut pactum vtrumque factum est à fideiussore, & tunc extra controuersiam sibi prauiudicat. Igitur in d. l. si vnus. §. pactus, fideiussor fecerat vtrumque pactum, vnde posteriori pacto de petendo inuito, consensu suo sibi nocet. In d. l.



ult. verò ꝑ de pact. vtrunque pactum initum fuerit à debitore, quocirca prius pactum de nō petendo à debitore interpositum, fideiussori prodest, posterius pactum de petendo non nocet. Semel enim quæsitā liberatio fideiussori per pactum rei, non potest ei inuito auferri sequenti contrario debitoris pacto.

ASSERTIO LX.

*Omnium obligationum fideiussor accipi potest.*

**D**ECISIO hæc clarè & expressè tradita extat in l. 1. & 2. l. Græcè 8. §. à tutore. ꝑ de fideiuf. §. 1. Inst. eo.  
Sed obstat l. cūm filiusfam. 49. §. 1. ꝑ de V. O. vbi dicitur, si fideiussor accessit obligationi non faciendi, puta si debitor promisit se non impediturum, quominus auctori ire, agere liceat, fideiussor non tenetur, si ipse contra stipulationem faciat. Resp. Quando est tale factum, quod eundem effectum habet, à quocunque fiat, tunc fideiussor tenetur, vt si restitutioni commodati vel depositi accessit fideiussor: interest enim mea rem meam habere à quocunque, l. 2. ꝑ de fideiuf. Aut tale est factum, quod non potest à diuersis æquè commodè & artificiosè præstari, vt quia censetur electa personæ industria & peritia, puta in domo vel naui fabricanda; & tunc fideiussor præstans quod debitor promisit, non liberatur. l. inter artifices: 31. ꝑ de solut. Vel si in principali obligatione debitoris persona tantum est comprehensa, tunc fideiussor quoque non tenetur, si ipse contra principalem contractum quid faciat.

Secundò aduersatur, quòd alieni facti promissio est inutilis, ergo obligationi, qua debitor factum promisit, fideiussor non adstringitur. Resp. Fideiussor se pro debitoris facto eatenus obligare potest, vt promittat creditori vel stipulatori quanti eius interest. l. stipulatus es 44. ꝑ de fideiuf.

Porro & fideiussor pro naturali obligatione vtiliter adhiberi potest, l. fideiussor 16. §. fideiussor. ꝑ de fideiuf. potestque conueniri efficaciter, quamuis debitor principalis iudicio pulsari non possit. l. vbi cunq; 61. ꝑ de fideiuf.

Obijcitur

Obijcitur tamen l. si quis posteaquam 37. ꝑ de fideiuf. vbi dicitur, si debitor præscriptione liberatus est, fideiussor quoque non tenetur, cūm tamen maneat adhuc naturalis obligatio. Qui enim tempore liberatus est, etiam post tempus debitor manet. l. atqui natura 19. ꝑ de neg. gest. Resp. Licet supersit naturalis obligatio post præscriptionem, tamen ea est sine effectu, & planè inefficax. l. ult. §. ult. ꝑ Rem rat. hab. l. sicut. & l. omnes. C. de præscr. 30. an. vbi dicitur, quòd qui 30. annorum præscriptione nititur, plenissima munitione securus est.

Secundò refragatur l. qui contra xi. ꝑ de fideiuf. vbi pro filiofam. qui mutuum accepit contra S. C. Macedonianum, fideiussor acceptus non obligatur, cūm tamen filiusfam. naturaliter obligetur. Resp. Ibi fideiussor ideò non tenetur, quia filiusfam. pro quo intercessit fideiussor, mortuus est, & sic extincta est naturalis obligatio, cūm nullus sit hæres filiofam. iure isto: ideòque cūm mortuo filiofam. sublata sit naturalis obligatio, pro ea fideiussor accipi non potest. Verum quia pater peculiotenus obligatur, pro illa actione, quæ aduersus patrem competit, fideiussor accipi potest. l. creditorem 18. ꝑ ad S. C. Maced. Conna. lib. 6. Com. c. 6. num. ult.

ASSERTIO LXI.

*Pœna stipulatione non nouatur principalis obligatio.*

**C**ONFIRMATUR hæc thesis his argumentis. Pœnalis stipulatio est accessoria ad principalem: at accessorium non debet nouare principale. arg. l. qui vsum fructum 58. ꝑ de verb. obl. Altera ratio. Pœna adijcitur principali contractui fauore creditoris, vt timore pœnæ debitor seruet promissa. arg. l. 1. C. de arbit. Non ergo debet contra partium intentionem pœna operari nouationem, & damno esse creditori.

Tertiò probatur apertè thesis per l. ita stipulatus 115. §. Sabinius. ꝑ de V. O. vbi dicitur, si quis promittat Stichum, eisi Stichum non soluat, decem dari polliceatur, non antè pœna committitur, quàm promissor interpellatus est in mora soluendi hominem:



minem: quo casu pœna non nouat, si promissor super principali debito adhuc interpellari potest. Apertè etiam probatur hæc thesis per l. si quis à socio 41. cum l. seq. & l. duo societatem 71. *¶* Pro soc.

Obijcitur l. 1. §. item si ita. *¶* Ad l. Falc. & l. si penum. *¶* Quando. leg. Vbi dicitur, si heres damnatus sit penum dare, & nisi derit, certam pœnam præstare iussus sit, tunc si heres sit in mora dandi penoris, deberi pœnam. Vnde colligitur, per pœnæ adiectionem fieri nouationem, siquidem nouatio est prioris debiti in aliud transfusio. Resp. Cùm penus legatur, & nisi detur, pœna subijcitur, tunc mora facta in danda penu, peti potest pœna. l. cum sine. l. si penum. *¶* Quando. di. leg. Ante moram penus est in petitione & præstatione, post moram penus non est in obligatione seu petitione, sed in præstatione tantum, cum vsque ad litem contestatam heres offerendo penum liberetur à pœna: l. 1. *¶* de pen. leg. Igitur mora operatur translationem seu ademptionem penoris potius, quàm nouationem penoris in legatum pecuniæ. Idque receptum est propter naturam penus, quæ facile corrumpi potest, ideoque longiorem dilationem in præstando non fert. Nulla ergo hic fit propriè nouatio, cum penus post moram & transfusionem præstari possit vsque ad litem contestatam. Duare. ad d. l. ita stipulatus.

Secundò obijcitur l. obligationum 44. §. si. *¶* de obl. & act. vbi dicitur, quòd si quis præcedenti stipulationi, qua stipulatus est nauem fieri, subijciat pœnalem stipulationem certæ pecuniæ, quòd quasi nouatio prioris stipulationis fiat. Resp. Ideò pœna ibi operatur quasi nouationem, quòd præcessit obligatio facti, puta nauem vel domum fieri, in qua stipulatione post moram fit transfusio obligationis faciendi in obligationem pecuniæ, etiamsi pœna nulla sit promissa. l. 72. *¶* de V. O. Vnde mirum non est, post moram quasi nouatione facta pœnam solum deberi. Non tamen est vera nouatio, cum promissor super facto conuentus, vsque ad litem contestatam factum offerre possit. l. si insulam 84. *¶* de V. O. Operatur ergo pœna non veram nouationem, quæ facti obligationem tollit, sed umbram quandam nouationis, eatenus, quatenus post litem contestatam factum

atum non amplius offerri potest. Ita pulchrè tradit Zazius in singul. intellect. c. 4.

## ASSERTIO LXII.

*Debitum purum stipulatione conditionali nouatur.*

**P**ROBAT hoc enunciatum l. pecuniam 36. *¶* de reb. cred. Vbi dicitur, quòd si debitor id quod alteri purè debet, iussu sui creditoris, alteri creditori sub conditione promittat, non possit creditor prior, cui purè debetur, id debitum pendente conditione petere, quia per conditionalem promissionem posteriorem effectus prioris obligationis puræ suspenditur, quasi tantisper dum pender conditio, nouationis effectum habeat. l. obligationum 44. §. si. *¶* de obl. & act.

Huic sententiæ contradicit Paulus in l. purè 5. *¶* de excep. dol. vbi quod alicui purè debetur, si sub conditione legetur, heredem interim nihilominus debitum petiturum affirmat. Resp. sub distinctione, quòd aliud in testamentis, aliud verò in contractibus hoc casu obseruatur. arg. l. is cui 42. *¶* de act. & obl. Ratio diuersitatis est, quòd in stipulatione conditionali, qua creditor à debitore, qui alteri purè debebat, sibi sub conditione stipulatus est, omnium contrahentium consensus intercessit, creditoris, debitoris, & tertij, cui iussu creditoris, debitor pecuniam, quam purè debebat, sub conditione promissit. Ad quem ex eiusmodi contractu fructus nouatæ obligationis per conditionalem delegationem pertinebit: d. l. pecuniam. d. l. obligationum. §. conditio. Econtra quia in testamentis ab vnus voluntate dependentibus, nullus contractus intercedit. l. verba 20. *¶* de V. S. heres pecuniam medio tempore testatori debitam sub conditione alteri legatam, interim rectè à debitore petet. d. l. 5. Quia nihil cum debitore gestum, nihil contractum est, nullæ uero nouatio inita est, sed cum legatario tantum, cum quo heres ad eundo hereditatem, quasi contraxisse intelligitur. l. 3. §. ult. *¶* Ex qu. cau. in poss. Cuius nihil interest legatam sibi sub conditione pecuniam heredi interim pendente conditione solui,



solui, præcipuè ea ratione, quòd heres ei cauet, se legatum existente conditione ei restitutum. d. l. 5. Forner. ad l. creditor 55. ñ de V. S.

ASSERTIO LXIII.

*Creditori inuito ante diem rectè solui potest.*

**H**æc sententia aperte probatur in l. 38. §. inter. ñ de verb. obl. vbi dicitur, quòd in obligationibus in diem totum medium tempus promissori ad soluendum liberum relinquitur. Si non licet inuito creditori soluere ante diem, vel si creditor posset solutionem ante diem recusare, non esset debitori tempus medium liberum ad soluendum. Idem traditur in l. quod certa 70. ñ de solut.

Obijcitur l. Qui Romæ 122. in princ. ñ de verb. obl. & l. Iabolenus 15. ñ de ann. lega. vbi dicitur, quòd debitor in diem, ante diem non rectè soluit. Resp. In istis legibus dies fuit apposta in gratiam creditoris seu stipulatoris, ideoque ei inuito non rectè soluitur ante diem, quia utilitas temporis contrahentium conuentione, vel testatoris consensu semel creditori concessa, non debet ei inuito auferri. In dubio autem præsumitur dies adiectus in gratiam debitoris, ideoque potest etiam debitor ante diem soluere, quia quilibet potest fauori pro se introducto renunciare. l. eum qui 41. §. vlt. ñ de V. O. l. cum tempus 17. ñ de R. I.

Opponitur etiam l. sed si ante 10. ñ ad S. C. Trebel. vbi heres qui ad diem rogatus erat restituere hereditatem, ante diem non rectè restituit. Ergo debitor soluendo ante diem non liberatur. Cui tamen aduersatur l. post mortem C. de fideicom. Vbi heres rogatus restituere hereditatem post mortem, etiam ante mortem rectè restituit. Respondet Castrensis. Heres qui ad diem rogatus est restituere hereditatem, non tenetur ante diem hereditatem in fideicommissarium transferre: si tamen vult sponte hereditatem restituere, hoc potest in sui præiudicium facere, vt scilicet actiones, quæ heredi contra debitores hereditarios com-

petebant,

petebant, transferantur in fideicommissarium. d. l. post mortem, & ibi Castren.

Tertiò aduersatur l. item illa 18. ñ de const. pecu. vbi dicitur, quòd creditor ante diem constituti recusare possit debitas pecunias accipere. Resp. Verum quidem est creditorem ante diem constituti recusare posse solutionem debiti, & nihilominus illi competere actionem de constituta pecunia, si res debita adhuc extet. Itaque l. illa hoc modo accipienda est, quòd si creditor ante diem constituti recusauit solutionem accipere, possit nihilominus agere actione pecuniæ constitutæ ad soluendum, si tempore constituti paratus sit accipere, si scilicet res adhuc sit integra, id est, si res promissa adhuc extet. Sic enim & cæteri omnes creditores, licet in accipiendo moram fecerint, tamen nihilominus habent actionem integram, quamdiu res promissa adhuc extat. l. illud. ñ de peri. & com. rei vend. Vnde quod dicitur in d. l. item illa, actori non nocere, si promissum ante diem debitum oblatum recusauit accipere, non simpliciter negat nocere, sed negat nocere ad actionem cõstitutæ pecuniæ, si res promissa adhuc extet. Ex quo sequitur in alijs rebus ei nocere, quòd recusauit accipere ante diem oblatum. Donel. ad l. eum qui. §. vlt. ñ de V. O.

ASSERTIO LXIV.

*Rectè ei soluitur, qui solutionis gratia adiectus est, modò post stipulationem conditio eius non sit in deterius mutata.*

**R**ECTÈ ei soluitur, qui solutionis gratia contractui est adiectus, illique si soluat promissor, liberatio ipso iure cõtigit, perinde ac si ipsi stipulatori soluisset. l. vero 12. §. 1. l. si ita stipulatus 59. ñ de solut. Dicitur autem adiectus stipulationis gratia, cum quis alternatiuè sibi aut Titio dari stipulatur. In hac enim stipulatione consistit obligatio solum in stipulatore, ei que actio acquiritur, sed tamen Titio rectè soluitur, qui adiectus dicitur, licet ei non competat ex stipulatu actio. §. planè. Inst. de inut. stip. l. vlt. §. vlt. ñ de V. O.

Rrr

Tum



Tum demum autem adiecto rectè soluitur, si post stipulationem conditio eius non sit mutata in deterius. Nam si post stipulationem status eius mutetur in deterius, vt puta si in adoptionem datus sit, vel in exilium iuerit, vel seruus factus fuerit, non rectè ei soluitur, vt contingat liberatio. Ratio est, quia ea conditio huic stipulationi inesse videtur, vt rectè tum demum soluatur adiecto, si in eodem statu permaneat. l. cū quis sibi 38. in princ. ꝛ de solut.

Sed è diametro pugnat cum hoc responso l. Stichum 95. §. vsumfructum. ꝛ de solut. vbi dicitur, si quis vsumfructum sibi aut Titio dari stipulatus sit, etiam Titio adiecto capite diminuto rectè solui. Resp. Ibi Titius adiectus fuit capite minutus eo tempore quo stipulatio interponebatur, quod ex simili stipulatione à IC<sup>to</sup> subiecta facilè colligi potest. Nam vt subiungit IC. quemadmodum quis rectè sibi aut Titio, cū capite minutus erit, vsumfructum dari stipulatur, sic etiam sibi aut Titio iam ante stipulationem capite minuto rectè quis vsumfructum dari stipulatur, scilicet cū tempore stipulationis Titius iam capite minutus erat. Ita rectè notat Cuiac. ad l. cū quis 55. ꝛ de V. O.

ASSERTIO LXV.

*Aliud pro alio inuito creditore solui non potest.*

**R**EGVLA hæc traditur in l. 2. §. 1. ꝛ de re. cred. & desumpta est ex definitione obligationis, tradita in Inst. tit. de obligat. Nam cū obligatiō sit iuris vinculum, quo necessitate debitor adstringitur ad soluendum debitum in contractum deductum, repugnat naturæ obligationis, aliud pro alio inuito creditore solui.

Huic axiomati primò aduersatur l. eum qui 16. cum Auth. seq. C. de solut. vbi traditur, quòd debitor qui non potest propter inopiam pecuniam debitam exoluere, in solutum possit creditori etiam nolenti dare prædia pro quantitate debita. Resp. Hoc fit propter necessitatem, vtputa si debitori non suppetit aliunde facultas pecuniam exoluendi; tunc enim credi-

creditor pro quantitate debita prædia in solutum accipere cogitur.

Secundò repugnat l. miles. §. decem. ꝛ de re iud. vbi asseritur, quòd dominus noxali actione condemnatus, vt damnum ex maleficio serui illatum resarciat, liberatur seruum noxæ dedendo. Resp. Hoc in casu dominus hanc potestatem aliud pro alio debito exoluendi, habet sibi à iure tributam, vnde iure facit, quòd ex potestate sibi à lege concessa, aliud pro alio soluit.

Tertiò obstat l. si domus 71. §. qui confitetur. ꝛ de leg. 1. vbi statuitur, quòd si testator legat alicui rem alienam, & dominus eam vendere nolit, vel fortè immenso pretio vendere cupiat, tunc sufficit pro specie legata iustam æstimationem etiam inuito legatario soluere. Resp. Hoc similiter propter necessitatis causam receptum est, quia non potest heres rem à vero domino redimere, nisi immodico & immenso precio; quod fieret cum magno & graui suo detrimento.

Quartò obijcitur l. si quis argentum. §. sin autem C. de dona. vbi sancitur, si quis donauit alicui certum pondus argenti, neque donator habet argentum in bonis, quod teneatur ad æstimationem. Resp. Ibi fauore liberalitatis & magnificentiæ receptum est, vt pro auri vel argenti massa solui possit æstimatio.

Postremò refragatur l. vinum. ꝛ de re. cred. vbi vinum quod mutuò datum erat, petiitum est in iudicio, & iudex condemnat in æstimationem. Resp. Hoc fit propter moram debitoris, qui quanti plurimi res valuit, condemnatur: æquum enim est, damnum propter moram debitoris creditori illatum, ei resarciri. Vnde etsi creditor velit, potest obdurare, vt res ipsa sibi restituatur. l. vbi autem 75. §. vlt. ꝛ de V. O.

RIT 2

ASSERTIO



ASSERTIO LXVI.

*Actiones ex delictis defuncti descendentes, non dantur in heredes, nisi quatenus ad eos peruenit, non in solidum.*

**C**ERTISSIMA est iuris regula, pœnales actiones ex maleficijs defuncti, in heredes non competere, nisi in id quod ad eos peruenit. §. non autem. Inst. de perp. & temp. act. l. sicuti 38. l. toties 44. l. in pupillum 111. §. 1. ꝛ de reg. iur. l. 1. ꝛ de priua. delic. Ratio est, quia sicuti iustum est ex delicto defuncti heredem non teneri, quia pœnæ suos aucthores sequi debent, l. sancimus. C. de pœn. ita æquum quoque est, ut ex defuncti maleficio heres etiam lucrum nõ sentiat, quia turpia lucra heredibus extorquenda sunt, ne alieno scelere ditentur: l. in heredem. ꝛ de calumn. Porro notandum, quod ipsæ pœnales actiones, furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, aduersus heredes non dentur, sed conuenitur heres de eo quod ad ipsum peruenit, actione in factum, vel cõdictione furtiua. l. 2. §. vlt. ꝛ Vi bo. rap. l. itaque 38. ꝛ de dolo. gl. in l. vnic. C. Ex delic. defun. Ratio est, quia istæ pœnales actiones ex delictis sunt famosæ, ideoque non debent contra heredes delinquentis intentari, ne propter alienum delictum ex nomine actionis heredibus irrogetur infamia.

Aduersatur huic doctrinæ l. vnica. C. Ex delic. defun. in qua statuitur, heredem teneri de vi à defuncto commissa. Resp. Hoc non est accipiendum de vi ablatiua, ex qua competit actio vi bonorum raptorum, quæ in heredem raptoris non datur, sed de vi compulsiuua, & quæ incidit in edictũ, Quod metus causa, quæ actio non est merè pœnalis, sed mixta, ideoque contra heredes vim metumve inferentis datur. Sturtius ad l. sicuti 38. ꝛ de R. I. Excipitur ab hac regula sola cõdictione furtiua, quæ datur contra heredes furis in solidum, etiamsi ad eos nihil peruenit. l. in cõdictione 9. ꝛ de cond. furt. §. vlt. Inst. de obligat. ex delic.

ASSERTIO

ASSERTIO LXVII.

*Pro eodem crimine, & ciuilitè & criminaliter agi potest.*

**Q**UOTIES pro eodem crimine & ciuilibus & criminalibus competit actio, vtraque licet experiri, nec vna actione intentata altera consumitur. Traditur hæc generalis definitio in l. vnic. C. Quan. ciu. act. crim. præiud. Textus est elegans in l. qui nomine 25. ꝛ ad l. Corn. de fall. vbi pro regula traditur, quod ex quocumque maleficio potest quis accusari criminaliter, ex eodem potest agi actione in factum ciuilitè. Sic intentata actione vi bonorum raptorum, adhuc est locus iudicio publico legis Iuliæ de vi. l. 2. §. 1. ꝛ. Vi bo. rap. Item si quis seruum alienum furripuit & subduxit, furti tenetur, & plagij, & vna actione intentata patet regressus ad aliam. l. si quis seruum. C. Ad l. Fau. de plagiar.

Obstat huic assertioni l. interdum ꝛ de pub. iud. vbi dicitur, instituto priuato iudicio de aliquo crimine, præiudicium fieri iudicio publico. Duplex est responsio. Acc. & Bart. hanc l. ita interpretantur, quod pendente iudicio super actione ciuili, non potest criminalis accusatio intentari, super eodem crimine, sed finito ciuili iudicio per sententiam, non prohibetur quis criminalem actionem proponere. Baro & Borcholt ad tit. Inst. de l. Aquil. respondent, quod instituto iudicio priuato de crimine, non præiudicetur publico, ita vt amplius agi non possit, sed in probatione delicti, iudicium priuatum ante finitum iuuabit aut vrgebit Reum in executione criminis publici. Præiudicium enim hic significat argumentum & exemplum, quod sequantur iudices in criminali iudicio. Sensus ergo d. l. interdum, est quod instituto prius iudicio priuato, præiudicium fit publico, hoc est, ex ciuili iudicio prius finito, sumitur exemplum, quod iudices in criminali iudicio sequantur.

Secundò aduersatur l. Prætor 7. §. 1. ꝛ de iniur. vbi dicitur,

Rrr 3

tur,



tur, pro iniuria illata ciuilitate & criminaliter agi non posse, sed vna actione intentata alteram consumi. Resp. Ibi vtraque actio competit ad vindictam, ideoque vna intentata altera consumitur, quia iniquum est eandem rem bis in iudicium deduci. Aliud est, quando ciuili actio persequitur rem familiarem, tunc enim ciuili iudicio intentato non consumitur criminale, & è contra. Ita respondent Acc. & Bart. in d. l. Prætor. §. 1. quod approbat Cuiacius lib. Obser. 24. c. 16.

## ASSERTIO LXVIII.

*Pœna à legibus nominatim delictis sunt impositæ, neque pendunt à mero iudicis arbitrio.*

**P**œnæ siue ex capitales sint, siue non, sed pecuniariæ, aut alterius alicuius generis, non mero iudicis arbitrio infliguntur, sed legum vel constitutionum auctoritate delictis irrogantur. l. 1. §. 1. Ad S. C. Turp. l. si qua pœna 244. de V. S. l. ordine. ad Munic. Imò iudex infamia notatur, qui minorem pœnam, quam leges statuunt, delictis imponit. l. seruos 8. C. Ad l. Iul. de vi pub. vel pari pœna, quam leges crimini irrogant, punitur. tex. est notabilis in l. 3. in fi. C. Ne sac. bapt. ite. l. 2. C. de commerc.

Sed aduersatur, quòd traditur in §. in summa. Inst. de in iur. & l. hodie. de pœn. l. 3. C. Ex qu. cau. irr. infam. l. quid ergo. §. pœna grauior ñ eo. pœnas ex arbitrio Iudicis delictis infligi, & modò grauiores, modò leuiiores, quam leges præscribunt, imponi. Resp. Nulla pœna arbitraria est delictorum, quæ non sit certa aliqua parte iuris constituta, vt ita non pendat à mero iudicis arbitrio, sed arbitrio legibus confirmato, atque consentaneo. Quod ergo legibus prædictis affirmatur, pœnas arbitrio iudicis irrogari, hoc eam significationem habet, quòd non suo iure iudex hanc arbitrandi potestatem habet, sed legis beneficio, ita tamen vt secundum legum præscriptum teneatur arbitrium suum in pœnis decernendis informare. Habet itaque adhuc in his arbitrarijs pœnis illud

axioma

axioma Papiniani locum, quod extat in d. l. 1. §. 1. Ad S. C. Turpil. facti quidem quæstionem esse in arbitrio iudicis, pœnæ autem executionem eius arbitrio non concedi, sed legis auctoritati referuari. Ita tradit Maranta in disput. legalibus. disput. 3. & Godæ. ad l. aliud frans est 131. de V. S. Vel ita potest responderi. Pœnæ omnes lege definitæ & certæ sunt, vt furti pœnæ est duplum, vel quadruplum, si agatur iure ordinario, tunc enim iudex eam augere vel minuere non potest: d. l. 1. §. 1. ad S. C. Turp. Si verò agatur iure extraordinario, tunc potest pœnam immutare. Porrò hodiè omnia iudicia sunt extraordinaria, & non agitur amplius ex præscripto formularum. Ergo hodiè pœnæ legitimæ delictorum non durant, sed iudicis arbitrio infliguntur, quia omnia aguntur extra ordinem, & sic accipienda est l. hodie 13. de pœn. Denique potest & hoc pro conciliatione adferri, quòd iudex non possit absolute vel simpliciter, sine aliqua iusta & speciali causa pœnas legum mutare, minuire, vel augere. Verùm ob certas iustissimas rationes & causas, pœnas à legibus præscriptas mitigare vel augere potest. d. l. 3. C. Ex qu. cau. irrog. infam. Ita tradit eleganter Chassan. in consu. Burgund. rub. 1. §. 5. in verb. corporellement.

Obijcitur & hoc argumentum. In l. respiciendum xi. de pœn. traditur, iudicem debere in leuioribus causis proniorem esse ad clementiam, in grauioribus verò causis, seueritatem legum cum aliquo temperamento benignitatis subsequi. Ergo licet illi pœnas à legibus delictis impositas mitigare, vel remittere. Ad hoc argumentum respondet Glos. in l. hodie. de pœn. quòd ita demum possunt iudices benignitate & lenitate vt in puniendis criminibus, quando nullà certa pœna legibus est nominatim imposita, tunc enim iudices ad clementiam proniores esse debent, & rigorem sententiæ temperare.

ASSERTIO



## ASSERTIO LXX.

*Pœna regulariter in popularibus actionibus non  
fisco, sed actori applicanda est.*

**A**CTIONVM popularium hæc est natura, vt quicquid ex earum exercitio redigitur, actori applicetur. l. vlt.  $\bar{n}$  de litig. l. 3. in pr.  $\bar{n}$  de sep. viol. vbi dicitur, quòd agenti actione populari de sepulchro violato, pœna sit perfoluenda. Comprobat hanc decisionem l. vt si cui ex emto. 12.  $\bar{n}$  de V. S. vbi traditur, quòd per litis contestationem popularis actio, quæ antea erat totius Populi, nunc ad priuatum actorem transferatur, ita vt creditor sit ille, qui litem contestatus est in populari actione, & iam illi pœna debeatur. Facit ad confirmationem huius decisionis, quòd aliàs hæc iudicia non rectè actiones dicerentur, cum actionibus actor persequatur quòd sibi debetur. Inst. de act. in princ. Præterea cum sub titulo Inst. de actio. in  $\delta$ . pœnales 12. de his popularibus actionibus tractetur, sub præmissa quoque definitione actionis, qua actio definitur ius persequendi in iudicio quòd sibi debetur; populares actiones comprehendere probabilis est. Hanc sententiam tuentur Godæ. ad d. l. 12. nu. 15. & seqq. de V. S. Donel. & Baro ad princ. tit. Inst. de actio. A quibus reliqui ferè interpretes dissentiunt, quorum argumentis respondebo.

Primò obijcitur l. 3.  $\bar{n}$  de ter. mo. vbi dicitur 50. aureos ex lege Agraria in publico dados esse ab eo, qui terminos extra suos fines mouit. Resp. Hoc in versic. sequi. *Et eius actionem ei qui volet, esse iubet*, sic declaratur, vt scilicet pœna aureorum 50. in publico danda sit, hoc est, ex populari actione soluenda, quamuis eius pœnæ persecutio siue exactio sit priuata, futura scilicet eius, qui volet agere, quoties scilicet ex lege Agraria agatur civiliter. Nam si criminaliter agatur, secus est.

Secundò obstat l. 3.  $\delta$ . Diuus.  $\bar{n}$  de sep. viol. vbi qui in ciuitate mortuos sepeliunt, 40. aureos fisco inferre iubentur. Resp. D.  $\delta$ . Diuus, agit de criminali huius delicti persecutione, quando non

do non civili illa actione populari de sepulchro violato, quæ ex edicto Prætoris est, l. 3. in princ.  $\bar{n}$  eo. tit. sed criminali accusatione quis experitur.

Tertiò repugnat l. lege Cornelia 25.  $\delta$ . ex hoc edicto.  $\bar{n}$  Ad S. C. Sylla. vbi dicitur, quòd pœna exacti populari actione sit diuidenda inter actorem & fisco. Resp. Hoc non est generale in omnibus popularibus actionibus, cum id specialiter in ea populari actione S. C. Syllaniano cautum inueniatur, qua speciali legis decisione opus non fuisset, si id quoque in cæteris popularibus actionibus regulare fuisset. At casus specialis arguit regulam generalem esse in contrarium. Dec. ad l. 1.  $\bar{n}$  de R. I.

## ASSERTIO LXX.

*Furti actio datur etiam pro re modica.*

**C**OMPROBATVR hæc assertio in  $\delta$ . Gallinarum. Inst. de rer. diui. vbi dicitur, etiam in gallina surrepta furtum committi. Huc facit l. si proprietarius.  $\bar{n}$  de dam. inf. vbi dicitur, etiam pro minimo damno competere actionem furti.

Sed aduersatur plurimum l. si quis affirmauit 9.  $\delta$ . vlt.  $\bar{n}$  de dolo ma. vbi dicitur, doli actionem non competere, nisi quis deceptus sit ultra duos aureos. Resp. Actio furti est ordinaria & legitima, atqui huiusmodi actiones dantur etiam pro re minima: sed actio doli est subsidiaria & extraordinaria, ideoque non datur pro re modica. Adde quòd furtum multò grauius est dolo, vnde & facilius dabitur actio furti pro summa vel re modica subrepta, quàm doli actio.

Secundò refragatur assertioni l. scio 4.  $\bar{n}$  de in int. rest. vbi dicitur, de re modica vel minima summa non curare Prætorum. Resp. Illud tunc demum verum est, quando quis iure speciali contra ius commune vult restitui in integrum, vt tunc non attendatur læsio in re valdè parua. d. l. 4. d. l. 9. l. 8. C. de resc.



resc. vend. Aliàs de iure regulari, hoc est, de ijs quæ sunt contra ius commune, curatur de minimis. Præterea adijcitur in d. l. scio, ita demum restitutionem non dari ob rem minimam, cum rei maiori præiudicatur. Verum cum ob summam modicam agitur de dolo, præiudicatur rei maiori, quia condemnatio doli attrahit secum infamiam. l. 1. §. De his qui no. infra. Famæ autem hominis parcendum est, nisi magna causa urgeat, cum nihil homini antiquius esse debeat honesta fama. l. 8. §. Quod met. caus. Hanc decisionem, quod actio furti detur pro re modica, approbat Accur. in d. l. 9. §. ult. à qua discedit Zazius libro 2. singul. resp. c. 26. sed leuibus & infirmis rationibus.

### ASSERTIO LXXI.

*Furi regulariter actio furti non datur.*

**H**æc assertio apertè traditur in l. itaque 12. §. de furt. Ratio est, quia illis tantum datur actio furti, quorum ex honesta causa interest; nemo enim ex improbitate sua consequitur actionem.

Obijcitur l. qui vas 48. §. si ego. §. de furt. cuius hæc est facti species. Fullo vestes poliendas accepit, quas inuito domino Titio commodauit; Titio furtum factum est; competit fulloni furti actio, licet & ipse furti teneatur, quod rem inuito domino commodauit. Resp. Ideò ibi fulloni datur actio furti, quia eius interest ex honesta causa, quia conductor est; nam etiam si furtum non fecisset, videlicet si non commodasset alteri, tamen custodiam fullo præstare debebat. Et breuiter dicendum est, quod fur furti agere potest propter iustum initium, si rem iuste coepit detinere. Azo in sum. C. de furt. num. 9. Eadem est ratio d. l. 12. §. pen. Rei suæ dominus nonnunquam furtum facit, ut si rem pignori datam creditori subtrahat, si postea debitor eandem rem furto amisit, aget furti, atque ita idem tenetur furti, & furti agit, quia etiam si hic

hic debitor furtum non fecisset rei suæ, erat habiturus furti actionem dominij ratione. Summa. Fur agit furti ex honesta causa, puta quod sit dominus vel conductor, vel commodatarius; non autem agit furti hac sola ratione, quod sit fur, & propterea interfit eius rem furripi.

Secundò aduersatur l. 1. §. qui à me vi. §. de vi & vi arm. vbi violento possessori datur interdictum Vnde vi, si vi de fundo iterum deijciatur. Resp. Bart. in d. l. 12. quod potest agere interdicto Vnde vi ad possessionem, quæ sibi vi erepta est, recuperandam, quo casu non habet actionem ex improbitate sua, sed auferentis. Sed non potest agere actione furti ad duplum vel quadruplum, quia actio furti datur propter id quod interest agentis, sed nemo ex improbitate sua consequitur actionem, quod sua interfit ex turpi causa.

### ASSERTIO LXXII.

*Furtum iure natura prohibitum est.*

**P**ROBATVR hæc assertio in l. 1. §. de furt. vbi dicitur, quod lege naturali prohibitum sit furtum admittere.

Obijcitur, quod apud Lacedæmonios & Ægyptios impunè furari licebat. Imò apud Lacedæmonios laudi ducebatur furtum committere, nec deprehendi in furto, quod hoc potissimum exercitamento cautiores & magis industrij fierent adolescentes. Gell. lib. xi. noct. Attica. cap. xviii. Ergo iure naturali furtum non est prohibitum, quia apud omnes gentes furta non sunt punita, cum ius gentium sit, quod apud omnes gentes peræquè receptum & approbatum est. l. omnes populi. §. de iust. & iu. Respon. Ius gentium non est æstimandum ex vnius Populi deprauatis moribus, neque ideò quid definit esse iuris gentium, quod ab eo vnius gentis corrupti mores descuerent. Præterea Gellius tantum dicit furta impunita fuisse apud Lacedæmonios, sed propter impunitatem



tem & poenæ remissionem non cessat turpitudine delicti. l. ult. C. de gener. abolit. Vnde etiam istæ nationes apud reliquas gentes malè audierunt.

ASSERTIO LXXIII.

*Etiam furti tenetur, cuius ope vel consilio tantum furtum factum est.*

**P**ROBATVR hæc enunciatio in l. si quis vxori 52. §. neque. ꝛ de furt. vbi dicitur, opem ferre, vel consilium dare, tunc nocet, cum secuta est contrectatio. fa. l. qui seruo. 36. ꝛ co. Eandem sententiam confirmat l. sæpè 53. de V. S. vbi dicitur, hæc verba, Ope, consilio alicuius furtum factum esse, separatim & disiunctiuè, non copulatè accipienda esse.

Vehementer pugnat cum hac assertione §. interdum, Inst. de oblig. quæ ex delic. nasc. vbi dicitur, quòd qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed consilium tantum dedit, non tenetur furti. Distinguendum est. Aut postquam quis consilium dedit, furtum non est secutum; & tunc furti, qui consilium tantum dedit, non obligatur. Aut furtum secutum est; & tunc tenetur consultor atque hortator ob malignum consilium. Ita d. §. interdum, supplendus est ex l. in furti 50. §. ope. & §. sequ. & l. si quis vxori 52. §. ope. & §. sequ. & l. si quis vxori 52. in princ. §. neque verbo. ꝛ de furt. Quod tunc maximè verum est, si absque consilio furtum facturus non erat, qui surripuit. arg. l. non solum. §. si mandato. ꝛ de iniur. Ita distinguunt Accur. in d. l. sæpè, & Minf. ad d. §. interdum. Inst. de oblig. quæ ex delic. nasc. A qua sententia dissentit Wesem. in d. §. interdum.

Sed adhuc obijcitur, quòd rei turpis nullum est mandatum. l. si remunerandi. §. rei turpis. ꝛ Manda. l. si à Reo 70. §. ult. ꝛ de fideiuf. Ergo ex inhonesto & improbo consilio vel mandato nulla competit actio. Resp. Nullum est mandatum, quoad

quoad actionem pariendam inter mandantem & mandatarium, sed quantum ad actionem dandam ei, in cuius perniciem mandatur, mandatum vel consilium turpe & iniustum obligat. Bart. ad d. §. si mandato. per d. l. si à Reo 70. §. ult. ꝛ de fideiuf.

Planè qui per lasciuiam & absque dolo occasionem furandi alicui præbuit, in factum actione tenetur. l. si seruus seruum 27. §. si quis de manu. ꝛ Ad l. Aquil. l. in furti 50. §. ult. ꝛ de furt. d. §. interdum. Imò videtur quòd & eo casu detur actio furti per d. l. in furti. §. ope. & l. si quis vxori 52. §. si quis de manu. ꝛ de furt. Resp. Aut sciebat alios furtum facturos; & eo casu furti tenetur. l. qui seruo. §. plus Pomponius. ꝛ de furt. Aut fecit per lasciuiam, & non eo animo, vt quis furtum faceret; & tunc actione in factum tenetur.

ASSERTIO LXXIV.

*Cum actione vi bonorum raptorum, etiam furti manifesti actio competere potest.*

**C**ONCVRIT cum actione vi bonorum raptorum actio furti. l. i. ꝛ Vi bo. rapt. Vtra autem actione teneatur raptor, furti manifesti, an verò nec manifesti, altercantur DD. Verior est sententia, quam defendunt Accur. & Hotom. si fiat rapina manifestè, furti manifesti actio competat, alioqui nec manifesti furti teneatur. Itaque si raptor fuit deprehensus in ipso delicto, vel contra eum acclamatum, teneatur etiam furti manifesti. l. si vendidero 80. §. cum raptor. ꝛ de furt. Si verò non fuit deprehensus, vel non fuit contra eum acclamatum, vt quia armatus vel coactis hominibus inuasit domum alterius, & neminem ibi inuenit, tunc tenetur furti nec manifesti. l. si quis 52. §. fin. ꝛ de furt. Cuiac. lib. Obs. 6. c. 22. Iason ad §. ex maleficijs. num. 21. Inst. de act.



Hoc tamen sciendum, quod cum furti quis egerit, siquidem manifesti, actione vi bonorum raptorum agere non potest. Si verò nec manifesti egerit, potest, ut tamen id tantum consequatur, quod amplius est in bonorum raptorum actione. Sin autem prius egerit vi bonorum raptorum actione, actione furti nec manifesti experiri non poterit. d. §. fina. d. l. i. l. si quis egerit 88. ff. de furt. Ab hac sententia perperam dissentit Mins. ad §. i. Inst. Vi bo. rap. qui tradit, raptorem, licet sit fur manifestus, tamen furti manifesti actione non teneri, sed nec manifesti tantum.

## ASSERTIO LXXV.

*Summa liquidò debita, que aliter exigi non potest, furtum est illicitum.*

**Q**UOD nemo possit propria auctoritate, vel clam siue furtiue debitum suum à debitore consequi, sed apud magistratum teneatur exigere iudicio, probatur euidenter ex eo, quod idè iudiciorum vigor in medio positus est, ne quis sibi ipsi permittere valeat ultionem. l. nullus. C. de Iudæ. quodque singulis concedendum non est, quod publice per magistratum fieri debet, ne occasio sit maioris tumultus faciendi; & ut scandala euitentur, quæ inde exoriantur, quod quis sine iudice & non seruato iuris ordine rem sibi debitam clam & furtiue aufert. l. non est singulis. ff. de R. I.

Obijcitur l. ait Prætor 10. §. si debitorem. ff. Quæ in frau. cred. vbi dicitur, licere creditori debitorem fugientem propria auctoritate apprehendere, & pecuniam secum ferentem ab eo auferre. Similiter traditur in l. generali 54. C. de decur. quod competat manus iniectio ordini in decurionem. Resp. Iste leges eo demum casu locum habent, si desit copia magistratus, & periculum sit in mora, quod tum demum liceat debitorem propria auctoritate apprehendere; si inquam euidenter periculum sit, ne debitor aufugiat, & non sit præstò copia ma-

pia magistratus. Cautum enim est iure, quod vbi periculum est in mora, à communis iuris regulis receditur. l. de pupillo. §. si quis riuos. ff. de no. op. nunc.

Secundò aduersatur l. cum qui 14. §. i. ff. de furt. vbi dicitur, quod emtor qui soluto precio rem emptam venditori subtrahit, non teneatur furti. Respon. Idè emtor eo casu furti actione non tenetur, quia venditor custodiam rei venditæ præstare tenebatur, quo casu ad exactissimam rei custodiendæ diligentiam, & sic de leuissima culpa adstringitur. l. 2. & 3. ff. de peric. & comm. rei vend. Quia autem furtum leuissimæ culpæ custodientis imputatur, l. cum duobus 52. §. damna. ff. Pro soc. hinc fit, ut furtum non emtori, sed venditori imputetur, propter negligentiam in re custodienda adhibitam.

## ASSERTIO LXXVI.

*Actio de tigno iniuncto datur tam contra bonæ, quàm malæ fidei edificatorem in duplum.*

**S**IVE quis sciens, siue ignorans tignum alienum ædibus suis iunxit, datur domino de tigno iniuncto actio in duplum. l. 1. & 2. ff. de tig. iniun. l. in rem 23. §. tignum. ff. de rei vend. Contra furem siue malæ fidei edificatorem datur præter actionem de tigno iniuncto, etiam actio ad exhibendum, & rei vindicatio, non ut tignum eximatur aut solvatur (quia non potest solui aut eximi tignum ædibus, vetante id lege 12. tab. ne ædificia ruinosa fiant) sed ut præstetur quanti sua interesse dominus in litem iurauerit. l. qui res 98. in fin. iuncta Gl. ff. de solut. d. l. i. in fi. Quæ actiones dissoluto ædificio dantur contra eundem, licet dominus duplum iam sit consecutus. l. 7. §. cum in suo. ff. de acqu. rer. dom. Ille verò qui bona fide tignum alienum ædibus suis iunxit, soluto duplo liberatur. Ita accipiendus est §. cum in suo. Inst. de rer. diuis.



diuis. vbi dicitur, potest dominus, si non sit duplum confes-  
cutus, diruto edificio tignum vendicare, vt hoc obrineat in  
bonæ fidei possessore, qui soluto duplo alijs actionibus libe-  
ratur. Hac distinctione has leges conciliat Fornerius ad l.  
tigni 62. de verb. sign.

Illud autem notandum, quod lex 12. tab. solum cavit de  
tigno furtiuo, vnde appellatur tignum furtiuum in d. l. 1. Id-  
que aperte comprobatur l. de eo 63. de dona. inter vir. & vx.  
Ideoque & statim post titulum de furtis collocatur titulus de  
tigno iniuncto, quod ea actio solum ad tignum furtiuum  
pertineat. Nihil impedit tamen, vt nihilominus id furtiuum  
dicatur, licet à bonæ fidei possessore ædibus sit iniunctum:  
quia nihil vetat, quo minus tignum ab alio surreptum, alijs  
bona fide includat & iniungat.

Obijcitur, quod bona fides non patitur duplum præstari à  
bonæ fidei possessore. l. bona fides. de R. I. Resp. Hoc fit  
ideo, quia dominus contra voluntatem suam priuatur rei suæ  
dominio, tum etiam quod magni solet interesse domini, ti-  
gnum ei non auferri, quod ad structuram ædificij sui iam para-  
tum & aptatum habebat. Cuiac. lib. 23. Obs. c. 19. ita respondet,  
quod ideo teneatur in duplum, qui bona fide tignum alie-  
num ædibus suis iunxit, quia scilicet apud eum conceptum  
est tignum furtiuum. Concipere est inuenire & deprehende-  
re, est quædam actio furti concepti. Et hoc est, quod ait lex  
xii. tab. tignum ædibus iunctum & conceptum, quod sit spe-  
cialis actio tigni concepti in duplum. Contra ignorantem ergo  
datur actio de tigno iniuncto in duplum, si sit furtiuum; si  
non sit furtiuum, dabitur actio prætoriam in factum pretij no-  
mine in simplum. d. l. in rem. §. item quæcunque. d. l. qui  
res. §. ult. d. l. de eo.

ASSERTIO

ASSERTIO LXXVII.

*Conuicij veritas non excusat conuiciantem,  
quo minus teneatur iniuria-  
rum actione.*

**Q**UICQVIB ad contumeliam vel infamiam alicuius  
dicitur, quod vel infamia facti apud bonos viros eum  
grauat, vel contemtibilem apud alios eum reddit,  
iniuria est, etiam si quod obijcitur, verum est. Nec enim sufficit  
veritas criminis, sed necesse est ex alia causa obijci, quam con-  
tumeliæ gratia. Et in actione iniuriarum non tam veritas con-  
uicij, quam voluntas & libido iniuriantis attenditur. Hæc est  
verior & communior DD. opinio. & probatur per l. 3. C.  
de off. rect. prouin. in verb. si veræ voces sunt, nec ad libi-  
dinem per clientelas effusæ. Wesem. in parat. de iniur. nu. 8.

Obijcitur l. cum qui 18. de iniur. vbi dicitur, Eum qui  
nocentem infamat, non est æquum ob eam rem condemnari;  
peccata enim nocentium nota esse oportet & expedit. Com-  
muniter ita distinguitur. Aut obiectum crimen detegi, inter-  
est Reipub. & tunc iniuriarum non tenetur, qui verum cri-  
men obijcit, vt si quis alium homicidam, adulterum, vel le-  
prosum esse per crimen obijciat. Si verò non intersit Reipu-  
blicæ id crimen detegi, vt si quis aliquem appellet fatuum,  
luscum, mendicum, vel spurium, tunc iniuriarum actio com-  
petit contra iniuriantem. l. quod Reipublicæ 33. de iniur.  
Ita ex communi DD. sententia distinguunt Gail lib. 2. Ob-  
seruat. c. 99. Rober. lib. 2. sent. iur. cap. 7. Corraf. lib. 6. Miscel.  
cap. penul.

Ttt

ASSERTIO



## ASSERTIO LXXVIII.

*Actio iniuriarum prætoriam, anno continuo finitur;  
actio verò iniuriarum ex l. Cornelia,  
est perpetua.*

**Q**UOD anno continuo duret actio iniuriarum prætoriam, probari potest ex l. si non conuicij. C. de iniur. vbi cum simpliciter lex dicit eam anno finiri, hoc de continuo anno est accipiendum. Quoties enim in iure tempus utile non exprimitur, semper continuum esse intelligitur. tex. in l. genero. ff. De his qui not. infa. & ibi Bart. num. 1. l. siue pars. C. de dilat. Glos. notab. in Clem. vnic. in verb. continuum, de rest. in integ. Gail lib. 2. Obs. c. 105. vbi actionem iniuriarum anno continuo finiri decidit.

Obijcitur, quòd iniuria scripto illata, vt si quis aliquem famoso libello traducat, perpetuò duret, & maneat, semperque loqui censeatur, ideoque semper iniuria fieri & perdurare intelligitur. Zaz. ad l. cum lex. ff. de legib. per l. Arriani. C. de hæret. Resp. Iniuria non à scriptura vel libello, sed à voluntate & animo potius iniuriam inferentis æstimatur. l. 1. ff. de iniur. l. qui iniuriæ. ff. de furt. Hic autem animus contumeliæ, à quo hæc res penditur, potest non durare, quia voluntas hominis est mutabilis, etiam si scriptura duret. Ita decidit Wefem. consil. 22. num. 7. quòd etiam actioni iniuriarum ex iniuria scripta descendenti anno præscribatur.

Secundò obstat, quòd iniuria per metum illata, dicatur anno vili exolescere. l. 14. §. post annum. ff. Quod met. caus. Resp. Hoc speciale est in iniuria per metum illata, hæc enim grauior est alia simplici iniuria, ideoque hæc actio diutius durat.

Actio iniuriarum ex l. Cornelia est perpetua, quia à lege introducta est, actiones autem ex legibus descendentes sunt perpetuæ.

perpetuæ. Inst. de perp. & temp. act. in princ. Et hæc sententia, quòd pro omni iniuria, quæ manu fit, seu quæ ex l. Cornelia descendit, actio iniuriarum perpetuò competat, communi DD. opinione est recepta. Not. Fab. in l. si non conuicij. C. de iniur. Et ita in Camera imperij iudicatum notat Minf. cent. 1. Obser. 84. & cent. 5. Obser. 8. Dissentit Gail lib. 2. Obser. cap. 104. vbi iniuriam scriptura factam perpetuam esse, in Camera imperij iudicatum refert, vnde post annum quoque actio de iniuria per famosum libellum illata, intentari poterit.

## ASSERTIO LXXIX.

*Carcer de Jure civili poena non est.*

**H**ÆC assertio expressè traditur in l. aut damnum 8. §. solent. ff. de poen. vbi inquit Vlpianus, sententiam non valere, qua quis damnatus est, vt in carceribus contineatur, quia carcer non ad puniendos, sed ad continendos homines haberi debet. Nemo ergo ad perpetua vincula damnari potest, quia hæc non est legitima poena à iure admissa. l. mandatis 35. ff. de poen.

Sed refragatur l. Diuus. ff. de custo. & exhib. reo. & l. 2. C. eo. vbi dicitur, quòd qui graue scelus admisit, debet carceris poenam sustinere, cum de admissio crimine constiterit. Respon. Non debet Reus perpetuis vinculis propter delictum perpetratum damnari, verum ad tempus tantum custodiæ causa in carceribus detinendus est, donec de intentato crimine dignum subeat supplicium.

Secundò repugnat l. S C<sup>o</sup> 38. ff. de iniur. vbi qui ad statum Principis ad inuidiam alicuius aufugit, in publica vincula mittitur. Similiter traditur in l. 1. in fin. ff. de aleator. quòd qui compellit aliquem ad ludendum alea, in latumias, hoc est, loca cædendis lapidibus destinata, vel in vincula publica duci debet. Resp. Aliud est vinculis publicis quem detineri, aliud



verò ad perpetuos carceres damnari: nam qui in vincula seu ergasteria publica mittitur, hic nihilominus usum ciuitatis retinet. Qui verò ad perpetuos carceres damnatur, ille ab omni hominum commercio & conuersatione remouetur, & carceris claustris inclusus, ciuitatis usum amittit. Lenior ergo est damnatio ad vincula publica, quam ad perpetuos carceres; vt disertè ostenditur in l. succurritur 9. ff. Ex qu. cau. maio.

## ASSERTIO LXXX.

*Etiam in meretricem nuptam adulterium  
committitur.*

**V**INDICATUR adulterium, non solum in vxore iusta, sed etiam vulgari, quæ quæstum corpore fecit, & pudicitiam vulgavit. l. si vxor 13. §. 1. ff. Ad l. Iul. de adult.

Sed obijcitur, quòd dicitur in l. si ea quæ 22. & l. quæ adulterium 29. C. Ad l. Iul. de adult. vbi constituitur, in prostituta scemina adulterij crimen cessare. Respon. Istæ leges ita sunt accipiendæ, quòd istæ sceminae prostitutæ pudicitia, pœna quidem adulterij teneantur, verum viri cum his consuetudinem habentes lenius & mitius puniuntur. Ratio est, quia thorum alienum violasse non putantur, utpote cum pudoris apud ipsas, quæ se omnibus prostituunt, nullus habeatur respectus, atque huiusmodi mulieres non amplius pro vxoribus, sed pro scortis sunt habendæ, quantum ad pœnam viri attinet, qui cum illis prostitutis rem habet. Wesemb. ad tit. ff. Ad l. Iul. de adult. num. 6. Ita in curia Electoris Saxonie pronunciatum, atque Ordinariam pœnam maritis, cum huiusmodi coniugatis sceminis prostitutis consuetudinem habentibus, remissam esse, ex receptiori DD. opinione testatur Daniel Mølle. lib. 2. semest. c. 36.

ASSERTIO

## ASSERTIO LXXXI.

*Sponsa de adulterio accusari potest.*

**C**ONTROVERSA quæstio est, vtrum sponsa, quæ nondum contraxit matrimonium, possit accusari de adulterio, si fornicetur. Verior tamen est sententia, eam non simplicem scortationem, sed potius adulterium committere. Quod euidenter probat l. si vxor 13. §. Diui. ff. Ad l. Iul. de adult. vbi Diui Seuerus & Antoninus rescripserunt, etiam in sponsa adulterij crimen vindicandum, quia nec matrimonium qualecunque nec spem matrimonij violare permittitur. Idem confirmat d. l. si vxor. §. si minor. vbi deciditur, si minor XII. annis in domum viri deducta adulterium commiserit, moxque apud maritum ætatem excefferit, cœperitque esse vxor, non poterit quidem iure viri accusari ex eo adulterio, quod in minori ætate commisit, sed quasi sponsa accusari poterit, ex rescripto D. Seueri, quod supra relatum est. Denique hanc sententiam apertè comprobatur l. propter 7. C. Ad l. Iul. de adul.

Obijcitur, quòd non potest dici adulterium, quia per fornicationem non violatur thorus connubialis, qui nondum est, nudis sponsalibus tantum contractis. Responden. Sufficit in crimine adulterij, vt spes iusta matrimonij violetur. d. §. Diui. quæ spes vinculum matrimonij inducit, donec vel alio matrimonio, vel repudio dissoluatur. l. 2. §. in sponsalibus. ff. de diuor. & repud.

Secundò aduersatur l. miles 11. §. quærebatur. ff. Ad l. Iul. de adult. vbi dicitur, quòd vir iure mariti non possit accusare eam sceminam, quæ cum ei desponsata esset, alij à patre in matrimonium tradita fuit. Ex quo apertè probatur, mulierem desponsatam vni, alteri nubere posse sine crimine adulterij; cum tamen ea quæ durantibus primis sponsalibus alteri

Ttt 3

denuò



denuò & secundò nubit, adulterij crimen committat, & infamia notetur. l. 1.  $\pi$  De his qui no. infa. l. eum qui duas. C. Ad l. Iul. de adul. in verb. *etiam crimen stupri committit*, quasi dicat, non solùm crimen stupri, sed etiam adulterij committit, qui binas nuptias, binave sponsalia eodem tempore constituta habet. d. l. 1. Responden. Quando à sponsalibus primis discessum est, tunc non committitur adulterium ab ea, quæ contrahit matrimonium cum alio. vt in d.  $\zeta$ . quærebatur. qui expressè hoc innuit, dum vtitur hisce verbis, Priori desponsa puella, à patre in matrimonium alij fuit tradita. Sed vbi non discessit à prioribus sponsalibus, neque separauit se à priori sponso, & durante isto statu contrahit matrimonium vel sponsalia de præsentì cum alio, tenetur crimine adulterij, quia eodem tempore bina sponsalia, vel binas nuptias, vel sponsalia cum alijs nuptijs simul constituta habet. Ita prædictas leges eleganter conciliat Sarmientus lib. 1. Select. interpretat. c. 5.

## ASSERTIO LXXXII.

*Immunitatem à pœna legis Corneliæ, præbet corporis, non famæ, non bonorum defensio.*

**P**ro defensione bonorum & famæ non licet quempiam impunè occidere, nisi cum rerum seu bonorum defensione etiam periculum vitæ fuerit coniunctum. arg. l. vt vim.  $\pi$  de iust. & iu. l. scientiam 45.  $\zeta$ . qui cum aliter.  $\pi$  Ad l. Aquil. l. 1.  $\zeta$ . vim vi.  $\pi$  de vi & vi arm.

Obijcitur quòd fama hominis & vita æquiparantur. l. iusta.  $\pi$  de manu. vind. l. isti 8.  $\pi$  Quod met. cau. Responden. Ista comparatio admittitur in certis casibus, vbi est par & eadem ratio, videlicet quoad restitutionem in integrum concedendam ex iusto metu illatam. Verùm in hoc grauissimo crimine homicidij excusando, non sufficit honoris & famæ iactura.

Secundò

Secundò obijcitur l. 1. C. Vnde vi. & l. 3.  $\zeta$ . cum igitur.  $\pi$  de vi & vi arm. l. 6. C. Ad l. Iul. de vi pub. vbi dicitur, posse vim illatam in bonis vi licitè repelli, & licere eum qui nos de possessione deiicit, iterum armis repellere. Responden. Potest quidem possessionem suam armis quis tueri & recuperare, sed pro defensione bonorum non licet hominem occidere, nisi etiam periculum vitæ simul intentetur. l. si ex plagis 52.  $\zeta$ . 1. l. scientiam 45.  $\zeta$ . qui cum aliter.  $\pi$  Ad l. Aquil. Expedi enim potius tunicam & pallium relinquere, & rerum iacturam sustinere, quàm pro conseruandis vilibus rebus hominem occidere. c. suscepimus. ext. de homicid.

Tertiò obstat l. 4.  $\pi$ . Ad l. Aquil. vbi dicitur, furem nocturnum occidere licere, si modò id ipsum cum clamore testificetur. Respon. Hoc quidem permissum fuit legibus XII. tabularum, sed tamen ea lex non fuit vsu recepta, nam non aliter, qui occidit furem nocturnum, impunè feret, quàm si eum apprehendere non potuerit sine periculo, puta quòd is cum telo esset, seque telo defenderet. l. furem.  $\pi$  Ad l. Corn. de sicar. Cuiac. lib. Obser. 14. c. 15. Forne. lib. 1. select. cap. 22. Dissentit ab hac sententia Fachin. lib. 1. contro. cap. 30.

## ASSERTIO LXXXIII.

*Homicidium per ebrietatem commissum, ordinaria l. Corneliæ pœna puniendum.*

**S**i quis per ebrietatem aliquem occidit, ab ordinaria legis Corneliæ pœna non liberatur. Quod probatur hoc argumento, quòd illicitæ rei vacantem non debet excusare sua improbitas. l. quod quis ex culpa 203.  $\pi$  de R. I. l. nec id iniquum 15.  $\pi$  Si quis omis. caus. test.

Huic tamen sententiæ repugnant alia duo iuris loca. Primò aduersatur l. omne 6.  $\zeta$ . per vinum.  $\pi$  de re milit. vbi dicitur,



citur, per vinum aut lasciuiam lapsis capitalis poena remittenda est.

Secundò refragatur l. vnic. C. Si quis Imp. maled. vbi Diuorum Imp. constitutione à poena immunis est, qui ebrius Imperatorem suggillauit. Communiter DD. distinguunt hoc modo, quòd magna ebrietas, quæ mentem aufert, poenam mitiget; modica autem & parua ebrietas in delictis ab ordinaria poena non liberet. Welsemb. in parat. Ad l. Corn. de fica. num. 24. Mihi tamen probabilius videtur ita posse distinguui. Aut delicta sunt talia, quæ per poenitentiam reuocari possunt, & in his ebrietas poenam mitigat vel remittit. Vtputa si quis per ebrietatem crimen aut conuicium alicui obiecit. Si enim eum, cum ad sobrietatem redierit, eius poeniteat, poena minuenda, aut in totum remittenda est. arg. l. quicquid calore 48. de R. I. c. cum apud. 11. quæst. 3. Aut delicta sunt huiusmodi, quæ per poenitentiam reuocari non possunt, vt si quis occiderit hominem, adulterium vel stuprum commiserit, tunc non posset vllatenus per poenitentiam mitigari aut excusari delictum, etiamsi fuisset calore ebrietatis perpetratum. Angelus in l. si non conuicij. C. de iniur. Lanfran. ad tit. de confes. num. 3. & 4.

Notanda quoque est elegans distinctio tradita ab Andrea Gail lib. 2. Obs. c. 118. vbi distinguit inter ebrietatem, quæ casu, clam & ignoranter irrepit, & ebriositatem, quæ ex habitu vicioso & continuato nascitur, vt huic ordinaria poena, illi arbitraria & mitior imponatur.

ASSERTIO

ASSERTIO LXXXIV.

*Pœna l. Cornelia subiacet, qui poculo amatorio quempiam interfecit.*

**T**RADITVR & proponitur hæc decisio apertè in l. si quis 38. §. qui abortionis. Ad l. Corn. de ficar. vbi

Sed obijcitur l. in lege. Ad l. Corn. de ficar. vbi habetur, quòd nunquam debet imponi poena mortis, quando committitur homicidium sine dolo. Idem traditur in l. 1. §. Diuus. & l. Diuus. Ad l. Corn. de fica. vbi pro regula traditur, nunquam poenam mortis inferri, sine dolo, & proposito occidendi. Atqui ille qui poculum amatorium alicui propinat, non habet propositum aliquem interficiendi, sed intendit, hoc philtro seu pharmaco amorem puellæ vel mulieris sibi conciliare, & sic est extra dolum. Resp. In hoc casu interuenit dolus saltem implicitus, ex eo, quòd fecit rem illicitam, dando poculum amatorium, ex quo verisimiliter potuit sequi mors, vnde tenetur poena mortis. Si verò sine dolo malo causa amoris liciti dedit pharmacum vel philtum, ex quo mors secuta est, ille qui dedit, non tenetur poena ordinaria legis Corneliæ, sed tantum poena relegationis, vel alia extraordinaria.

Secundò aduersatur l. 3. §. sed ex SC. Ad l. Corn. de fica. vbi quæ dedit poculum conceptionis, ex quo mulier mortua est, non punitur ordinaria poena legis Corneliæ, sed tantum relegari iubetur. Resp. Ibi dedit medicamentum causa rei licitæ, scilicet causa conceptionis, ideoque cessat poena ordinaria homicidij: Qui verò dat philtum, vel poculum amatorium impudici amoris, vel abortionis causa, dat operam rei illicitæ, ergo ab ordinaria poena non excusatur, si his illicitis remedijs hominem quis interficiat. Hanc sententiam defendit Coraf. lib. 1. Miscel. c. 24. vbi eum, qui poculo amatorio hominem occidit, vltimo supplicio damnandum concludit, licet ab Arcopagitis scemina huius criminis rea sit absoluta.



## ASSERTIO LXXXV.

*Qui Titium interficere volens, Seium interfecit,  
lege Cornelia tenetur.*

**R**ATIO assertionis est, quia dolus in genere, itemque animus occidendi adfuit. Ita probat text. singularis in l. cum qui 18. §. si iniuria. ꝛ de iniur. Sufficit enim in crimine homicidij dolus in genere, licet non sit commissus in specie. Probat etiam hanc sententiam l. scientiam 45. §. penul. ꝛ Ad l. Aquil. vbi dicitur, quod qui defendendi sui causa lapidem in aduersarium proiecit, & prætereuntem percussit, tenetur lege Aquilia ad interessè. Hanc decisionem tuetur etiam Bart. in l. respiciendum xi. §. 2. ꝛ de poen.

Sed obijcitur l. 3. §. fina. cum l. sequ. ꝛ de iniur. vbi traditur, quod si quis voluit percutere seruum proprium, & ex errore occiderit alium liberum hominem, non tenetur iniuriarum. Responden. Ibi non interuenit dolus, neque percussor habuit animum delinquendi, ideoque error eum excusat. Nam dedit operam rei licitæ, existimans se seruum suum cadere, quod domino licet. toto tit. C. de emend. seruo. Ita eum textum declarat Bartol. d. loco. quem sequitur Coraf. lib. 4. Miscel. cap. 11.

Secundò repugnat assertioni, quod omnis actus errore gestus, nunquam nocet gerenti, quia consensu caret. l. si per errorem. ꝛ de iurisd. Respon. Licet error commissus sit in persona, tamen in genere delinquens consensit in delicto, & habuit animum hominis alicuius occidendi.

Obstat denique d. l. respiciendum xi. §. penul. ꝛ de poen. vbi dicitur, casu eum delinquere, qui cum venando telum in feram mittere veller, hominem interfecit. Atqui si casu dicitur deliquisse, extra culpam est, ac proinde non puniendus est. Similiter nec ille poena afficiendus est legis Corneliæ, qui cum Titium occidere veller, Seium interfecit, quia casu videtur deliquisse.

liquisse. Responden. In prædicta specie, ille qui cum interuenandum telo feram petere volebat, hominem interfecit, non punitur corporaliter, quia operam dedit rei licitæ. Bart. in d. §. penult.

## ASSERTIO LXXXVI.

*Lex Iulia peculatus, non solum de pecunia ciuitatis  
Romanae, sed etiam aliarum ciuitatum accipienda est.*

**L**EX Iulia peculatus eos coërcet, qui pecuniam publicam furati sunt vel interceperunt, l. 1. ꝛ. Ad l. Iul. pecul. Dicitur autem pecunia publica, quæ ad Pop. Romanum pertinet, nam aliæ ciuitates habentur loco priuatorum. l. cum qui 16. ꝛ de V. S. Vnde quæritur, an & is teneatur crimine peculatus, qui aliarum ciuitatum pecunias expilat vel furripit. Quod negat l. ob pecuniam 81. ꝛ de furt. quæ dicit eum quidem furti actione teneri, non autem crimine peculatus. Cui tamen è diametro repugnat l. 4. §. fin. ꝛ. Ad l. Iul. pecul. vbi dicitur, eum qui de re ciuitatis aliquid furripit, peculatus crimen committere. Respon. ex sententia Duareni, quod qui ciuitati vel municipio pecuniam furripit, ipsa quidem lege peculatus non tenetur: sed postea constitutionibus Traiani & Adriani cautum est, eum quoque peculatus crimen committere, qui Imperatores legem Iuliam ad hunc casum extenderunt. Ita tradit Duare. lib. 2. disp. cap. 26. Confirmat Alcia. lib. 1. dispunc. c. 3. vbi in antiquo exemplari in d. l. ob pecuniam. ita legi notat, Ob pecuniam ciuitati subreptam, furti, nec non crimine peculatus tenetur.



## ASSERTIO LXXXVII.

*Regna & ditiones suas arbitrata suo Principes  
minuere non possunt.*

**R**EGIA & præclara quæstio est, an Principibus seu Regibus concessum sit ditiones & regna sua sine Populi & subditorum consensu alienare. Et verissima ac iuri maximè consentanea est sententia, quòd hoc Regibus iure non sit permissum.

Cui disputationi ansam & occasionem primùm dedit abalienatio ista prouinciarum Italiae, ~~quæ ab Augusti Imperatoris~~

~~Patris Pipini Rex Franciæ primò exarchatum Rauennæ, cum omnibus urbibus vsque ad stagna Venetorum, Stephano II. Pontifici dono dedit. Deinde Carolus Magnus filius Pipini eam donationem confirmauit, & Histriam, ducatum Foro-iuliensem, Spoletanum & Beneuentanum, ac alias terras patrimonio Petri adiecit. Ita tradit Balæus in illustribus viris Angliæ. Deinde ex alienationibus bonorum & ciuitatum Imperij à Carolo IV. Imp. institutis, acriter cœpit hæc quæstio in vtranque partem agitari. Cum enim Imp. Carolus III. Venceslaum filium designandum Cæsarem curaret, promissit Electorum cuique centum aureorum millia pro consensu: quæ cum soluere non posset, obligauit illis telonia & vectigalia imperij, item oppida, proprietates, iura & regalia Imperij titulo pignoris obstrinxit. Qua de causa ignauus Cæsar, & decoctor bonorum imperij passim in historijs prædicatur.~~

Probatur hæc conclusio per I. Imperatores. *de pact. & l. i. de off. proc. Cæs.* ubi procuratori Cæsaris, non alienanda, sed bene gerenda rei potestas permissa esse traditur. Vnde liquidò apparet, Cæsari eas ditiones, prouincias, dominia, aliaque bona, quæ publici iuris sunt, alienandi facultatem non esse concessam.

Secundò accedit ista consideratio, quòd Principes fortassis subditos

subditos suos, in ditionem Principis qui sua potentia in tyrannidem abutatur, abalienare conentur: quòd certè naturæ ac honestati contrarium, & à boni Principis officio alienum est, & tanquam tyrannicum non debet admitti. Aliud enim est tyrannum, aliud Regem esse: rex omnia refert ad salutem & incolumitatem subditorum: tyrannus verò ad suum commodum & voluptatem omnia detorquet.

Tertiò Rex tanquam tutor Populi sui constitutus, regulam tutoribus præscriptam sequi debet, quòd tum demum pro domino habeatur, cum subditis prouidet, non cum eorum bona alienat & perdit. l. tutor 27. *de adm. tuto. l. interdum 56. §. penul. de furt.*

Quartò confirmat hanc propositionem, quòd iure Feudorum, non licet domino feudum alicui concessum, sine ipsius vasalli voluntate in alium quocunque titulo alienare, imò nec alium de eodem feudo inuestire potest dominus, sine vasalli consensu. §. 1. Quo temp. mil. inuest. §. 1. de feu. dat. in vic. leg. com. §. 3. de l. Corra. In vsu feud. Nam eandem fidem dominus vasallo exhibere debet, quam vasallus domino præstat. Si ergo dominus feudi non potest feuda, & per consequens vasallos ratione feudi sibi subiectos alienare, similiter nec dominus vel Princeps potest principatus, ciuitates, item subditos & incolas, in aliorum Principum imperium & potestatem transferre. Non enim subditi sunt in potestate Principis, sed multò magis eius fidei & clientelæ sunt permissi. ~~Hotom. in illust. quæst. qu. 1.~~

Denique pro confirmatione huius decisionis facit, quòd præses prouinciæ non potest se abdicare imperio, & hoc resignare, nisi in manus eius à quo potestatem accepit. l. legatus 20. *de off. præf.* ~~Hotom. in illust. quæst. qu. 1.~~



Obijcitur huic assertioni, quòd qui pleno iure dominus est, potest alienare, perdere, ac dissipare res suas. l. sed etfi 25. §. consuluit. ¶ de pet. hered. l. in re mandata. C. Manda. Ergo & licet Regi ditiones & regna sua alienare. Responden. In alienationibus regnorum non tam agrorum & oppidorum, quàm ciuium & liberorum hominum ratio habenda est, quos contra voluntatem eorum alienari, & in potestatem fortè alicuius tyranni transferri, durum & iniquum censeretur. Deinde non debet deterior esse conditio subditorum, quàm olim fuit libertorum. Atqui non licet iure ciuili heredi, seruum cui libertas per fideicommissum relicta est, alij manumittendum tradere, vt eius fiat libertus, ne fortè duriorem aut iniquiorem consequatur patronum. lege inuitus 34. ¶ de fid. liber. Ergo neque domino permissum est, facta alienatione regnorum, prouinciarum, vel ciuitatum, subditos suos in potestatem & dominationem alicuius deterioris Principis vel tyranni transferre.

## ASSERTIO LXXXVIII.

*Actus legitimi non recipiunt diem vel conditionem.*

**A**CTVS legitimi non dicuntur hoc loco omnes actus iure ciuili introducti & approbati, sed legis actiones, quæ solennitate quadam iuris, certisque verborum formulis peraguntur & concipiuntur. Cuiac. lib. Obs. 15. c. 16. Huiusmodi actus legitimi diem & conditionem non recipiunt, hoc est, non capiunt dilationem ex die vel conditione, sed temporis momento perficiuntur, & præsentem executionem secum trahunt. l. actus legitimi 77. ¶ de R. I. c. actus. ex. co. tit. Rationem huius regulæ reddit Alcia. lib. 3. Parer. cap. 4. quòd videlicet hi actus legitimi à præsentem executionem habent, & legis fictione vel interpretatione sunt introducti, ideoque nec suspendi debent per conditionis vel diei euenum, cum ea quæ à lege statuta sunt, præsentem executionem secum trahant.

Obijcitur

Obijcitur primò, quòd emtio, stipulatio, heredis institutio, donatio, alijque actus legitimi diem & conditionem recipiunt. §. omnis. Inst. de verb. obl. §. heres. Inst. de hered. inst. l. i. & passim. C. de dona. quæ sub mo. Responden. Prædicta regula procedit in ijs actibus legitimis, qui in d. l. actus recensentur: ij enim omnino vitiantur per diei vel conditionis adiectionem. Nam particula QVI, in dict. leg. actus posita, restrictiue non declaratiue accipi debet, vt scilicet restringatur ad actus seu exempla, quæ in ista lege recensentur. Relatiuum enim QVI, suum antecedens restringit. leg. ult. ¶ de diuort.

Illud tamen diligenter notandum, quòd alij actus legitimi his similes, & qui eadem ratione & solennitate constant, vtputa manumissio, adoptio & diuortium, diem & conditionem quoque non admittant. l. quæsitum 34. ¶ de adop. Neque enim filium vel vxorem temporalem quis habere potest.

Secundò obijcitur l. primo gradu 23. ¶. Quæ in frau. cred. vbi heredes eius qui soluendo non erant, ea conditione adierunt hereditatem, vt partem duntaxat æris alieni creditoribus persoluerent. Ergo aditio hereditatis fieri potest sub conditione. Responden. Ibi conditio significat pactionem ante aditionem hereditatis cum defuncti creditoribus initam, vt scilicet creditores, cum hereditas non sufficeret ad totum æs alienum exoluendum, certa parte debiti contenti essent, veluti inter heredem & fideicommissarium simile pactum memoratur in l. apud Iulianum. in princ. ¶ Ad S. C. Trebel. post illam verò pactionem purè adita fuit hereditas.

Denique aduersatur §. ad tempus. Inst. Qui testa. tuto. vbi traditur, tutorem sub conditione, vel ad certum tempus testamento dari posse. Resp. Tutor quidem hoc modo à patre testamento dari potest, sed non à magistratu. l. muto. §. i. ¶ de tutel. Ea enim tantum datio tutoris est actus legitimus, quæ fit solenniter à magistratu, inquisitione facta, introductis optimis viris, ex quibus vnus maximè idoneus eligitur, non quæ fit in testamento. Accedit & altera ratio, quia defectus in testamento tutore suppleri potest per magistratum; quod secus est in datiuo.



datio tutore. Si enim tutoris dationi magistratus adijceret diem vel conditionem, interim ante diei vel conditionis euentum non esset prospectum pupillo. Quare datio tutoris facta à magistratu sub die vel conditione, vitiosa est, quia actio magistratus imperfecta esse non debet.

## ASSERTIO LXXXIX.

*Inuito beneficium non confertur.*

**H**ÆC assertio traditur pro regula in l. inuito 69. de R. I. Verùm obijcitur huic assertioni l. soluendo 49. ꝛ de neg. gest. vbi dicitur, quòd qui pro inuito & ignorante debitore soluit, liberat eum. Idem traditur in l. soluere 53. ꝛ de solut. Sed tamen quando quis pro inuito debitore soluit, nulla actione nec mandati, nec negotiorum gestorum id ab eo repetere potest. l. si pro te 40. ꝛ Manda. l. vlt. C. de neg. gest. Resp. Regula iuris accipienda est de beneficijs, quæ contra iuris communis rationem alicui tribuuntur, quæ priuilegia propriè appellantur. Hæc inuito non conceduntur, quia quilibet potest favori & priuilegio pro se introducto renunciare. l. penul. C. de pact. Sic mulier potest renunciare beneficio S C<sup>i</sup> Velleiani. l. vlt. §. penul. ꝛ ad S C. Vell. Sic minor xxv. annis potest omittere restitutionem in integrum, si læsus sit. l. si iudex 41. ꝛ de minor. Verùm vt quis pro alio soluat, & eum etiam inuitum liberet, iure communi permittitur, quia naturalis & ciuilis ratio suadet alienam conditionem meliorem etiam ignorantis & inuiti nos facere posse.

ASSERTIO

## ASSERTIO XC.

*Priuilegia realia transeunt ad heredes,  
non personalia.*

**H**ÆC assertio pro regula iuris traditur in l. in omnibus causis 69. & l. priuilegia 196. de R. I. Duo autem sunt genera priuilegiorū. Vnum est personale, vbi personæ conditio locum facit beneficio, hoc est, quando persona proxima est causa beneficij; & hoc cum persona extinguitur, & ad heredes non transit. d. l. 69. Tale est beneficium, quod competit marito in repetitione dotis, ne ab vxore, soluto matrimonio, in plus quàm facere possit, conueniatur: hoc priuilegium extraneis heredibus non datur, sed solis filiis. l. maritum, & l. etiam ꝛ Sol. mat. Tale est etiam priuilegium prælationis, quod datur mulieri, quo præfertur cæteris creditoribus in bonis mariti in exactione dotis, vnde nec ad heredes mulieris, filio excepto, transmittitur. l. vnic. C. de priu. dot. l. vlt. §. exceptis. C. Qui po. in pig. No. 91.

Aliud est priuilegium reale, quod non personæ, sed rei, causæ aut actioni tribuitur, & hoc ad quoslibet successores transit. Tale est priuilegium actionis funerariæ, vt scilicet, is qui in defuncti funus aliquid impendit, omnibus creditoribus præferatur; heredibus ergo hoc priuilegium quoque tribuitur. l. penul. ꝛ de relig. & sumpt. fun.

Obijcitur, quòd beneficium restitutionis in integrum, quod datur minoribus xxv. annis, competit etiam eorum heredibus l. 3. §. 9. l. 18. §. vlt. ꝛ de minor. Atqui hoc beneficium censetur esse personale, quia in fauorem minorum est introductum. Ergo non est verum, quòd beneficia personalia non transeunt ad heredes. Resp. Hoc beneficiū restitutionis in integrum est mixtum, partim personæ, partim causæ: conceditur enim non tantum propter personam minoris, sed præcipua & immediata causa restitutionis est læsio, ideoque non restituitur minor, nisi causa co-

XXX

gnita



gnita probet se læsum vel circumuentum, l. ait Prætor 7. §. non solum. l. non omnia 44. ꝛ de mino. l. nam posteaquam 9. §. si minor. ꝛ de iureiu. Itaque hoc beneficium restitutionis in integrum minoris heredibus competit. Sic quoque beneficium SC<sup>i</sup> Velleiani datur non solum mulieri, sed etiam heredibus eius. l. heredes. C. Ad SC. Vell. quia rei & causæ cohæret, & Senatus totam obligationem improbat, & restituitur prior creditor debitori. l. exceptiones 2. ꝛ de excep. l. si mulier 16. §. 2. ꝛ Ad SC. Vell.

Secundò aduersatur l. si tibi 17. §. pactum. ꝛ de pact. vbi dicitur, quòd pacta personalia facta venditori, porrigunt se ad singularem successorem, puta emtorem. Resp. Pacta personalia venditoris non profunt emtori aut singulari successori, nisi durante vita venditoris, alioqui sicut priuilegia personalia extinguuntur cum persona. arg. l. & hæredi 21. in princ. ꝛ de pact. Castren. in d. §. pactum.

## ASSERTIO XCI.

*Quod omnes tangit, debet ab omnibus  
approbari.*

**H**ÆC assertio aded vera & indubitata est, vt inter regulas Iuris Canonici referatur in c. quod omnes, de R. I. in 6. & variis exemplis etiam ex iure civili comprobatur. Sic enim decisum est, quòd si plures habeant fundum communem, & volunt in eo seruitutem constituere, oportet vt omnium consensus interueniat, vnusque dissensus impedit seruitutem. l. per fundum. ꝛ de seru. rust. præd. Similiter si plures habent seruitutem aquæductus ex eodem flumine vel fonte, & dominus velit aliis concedere aquæductum ex eodem flumine, omnes quibus aquæductus debetur, consentire coguntur, quia illorum ius diminuitur, alioqui concessio seruitutis est inutilis. l. in concedendo. ꝛ de aqu. plu. arc.

Obiicitur primò, quòd si fiscus habet rem cum aliquo comunem

munem, inuito socio potest eam rem alienare, etiam si in tali re minimam habeat partem. l. multum. C. de com. rer. alien. l. j. C. de vend. rer. fise. lib. 10. Resp. Hoc speciali fauore fisci est receptum, nempe quòd commodius & maiori pretio venditur tota res, quàm parse eius. l. Mæuius. ꝛ Fam. excif.

Secundò aduersatur l. quod maior. ꝛ ad Municip. & l. aliud 160. §. refertur ꝛ de R. I. vbi pro regula traditur, quòd maior pars Collegij vel vniuersitatis statuit, perinde habetur, ac si omnes statuisent, etiam si omnes non consentiant. Resp. Aut aliquid est commune pluribus, vt vniuersis, vt sunt bona communia alicuius ciuitatis vel collegij, & in his quòd maior pars statuit, sequendum est, quia difficile est omnes consentire. l. j. in fi. ꝛ de acq. pos. Hinc in decretis collegiorum constituendis, duotrientes collegarum adesse debent, & quòd illi statuerint, à maiori parte statutum censetur. l. nulli. ꝛ Quod cuius vniuer. no. l. nominationum 46. C. de decur. lib. 10. Aut aliquid est commune pluribus, vt singulis, & tunc requiritur consensus singulorum, nec maioris partis factum reliquis nocet. d. l. per fundum.

Tertiò repugnat, quòd dicitur in l. ꝛ. §. vlt. ꝛ de pact. quòd si hæres alicuius debitoris obærat non vult adire eius hereditatem, nisi creditores remittant certam debiti partem, tunc statur iudicio maioris partis creditorum remittentis debitum, neque audiuntur reliqui dissentientes. Resp. Ided ibi maior pars creditorum præiudicat minori, quia agitur de liberando debitore. Vnde fauore liberationis conuentio illa reliquis nocet, licet alioqui in his, quæ communia sunt pluribus, vt singulis, factum maioris partis non sufficiat. Costa. ad d. l. 7. §. vlt.



## ASSERTIO XCII.

*Vtile per inutile non vitiatur.*

**E**X TAT hæc assertio descripta in l. j. § sed si mihi. ꝛ de V. O. & pro regula iuris traditur in c. vtile. de R. I. in 6. Ex qua multæ iuris conclusiones sunt extractæ & definitæ. Hinc decisum est, quòd donatio ultra quingentos aureos facta non valeat, quatenus excedit eam summam, quatenus verò non excedit, valet. l. sancimus. C. de dona. Sic etiam si quis sibi & alteri x. aureos stipulatus est, valet stipulatio quoad stipulantis personam in v. quoad alios verò quinque aureos non valet. § quòd si quis. Inst. de inur. stip. Denique propter hanc regulam statutum est, vt si vsuræ supra legitimum modum in stipulationem sint deductæ, vt illicitis adiectis pro non adiectis habitis, legitimæ vsuræ nihilominus petantur. l. pecuniæ, & l. placuit. ꝛ de vsur.

Sed huic assertioni refragatur, quòd in aliquibus iuris articulis vtile per inutile vitiatur. Sic enim si in duos compromittatur, quorum alter potest esse arbiter, alter non, totum compromissum corrui. Veluti si compromittatur in duos, quorum vnus est seruus, qui non potest esse arbiter, compromissum in totum corrui, & sic vtile per inutile vitiatur. l. Prædius 7. ꝛ de arbit. Resp. Quando ex contrahentium & disponentium præsumpta voluntate colligitur, eos non voluisse diuidere actum, tunc vtile per inutile vitiatur. Quod hoc casu accidit, quia ea fuit intentio compromittentium, vt duo dicerent sententiam, non pauciores.

Secundò aduersatur, quod dicitur in l. j. § item quæritur. ꝛ de aqu. quot. & æst. quòd si ius habeo ducendi aquam per alienum fundum, si solitam aquam ducam, non possum prohiberi, sed si vetitam & sordidam aquam misceam, propterea prohibeor & bonam aquam ducere. Resp. Regula hæc locum non habet in indiuiduis, quando vtile ab inutili separari non potest. Cum ergo aquæ-

go aquæductus habeat causam indiuiduam, vtile propter inutile vitiatur.

Sed huic solutioni refragatur l. proprium. ꝛ Com. præd. vbi traditur, si quis solum vel ædes vendat, addito hoc pacto, vt sibi & vicino seruiat, adiectio vicini pro superuacua accipienda est, ita vt tota seruitus ad eum qui recepit, pertineat. Resp. Ibi vtilis seruitutis acquisitio ab inutili separari potest. Ratione enim duarum personarum duæ quodammodò seruitutes constitutæ censentur, & idèd vna vtilis seruitus per alteram seruitutem non vitiatur. arg. l. cui fundus 56. ꝛ de cond. & dem. Dynus in d. c. vtile.

## ASSERTIO XCIII.

*Accessorium sequitur naturam principalis.*

**C**ONFIRMATVR hæc assertio expressa Iuris regula, per l. cum principalis 178. de R. I. & c. accessorium ex. eo. Cuius regulæ vsus in multis iuris articulis elucescit, & tam in vltimis voluntatibus, quàm contractibus procedit. Sic enim si prædium venditum est, venit aquæductus cum prædio lebitus, cum aliis accessoriis. l. si aquæductus: ꝛ de con. emp. Similiter in testamentis domo legata, hortus illi accessorius debetur. l. prædiis 91. §. vlt. de leg. 3.

Aduersatur primò huic decisioni, quod traditur in l. quid tamen x. ꝛ Qu. mo. vsusf. amit. quòd si vsus fructus villæ alicui sit relictus, cui fundus accessionis loco cedat, quòd villa diruta nihilominus debeatur vsusfructus fundi. Resp. Idèd ibi vsusfructus fundi non extinguitur, quia licet fundus villæ sit accessio, tamen non erat legatus tanquam accessorius, sed æquè principaliter sicut ipsa villa. Hæc autem regula, quòd accessorium sequitur naturam sui principalis, locum non habet, quando vtrunque legatur vt principale. Peck. ad d. c. accessorium.

Secundò grauiter huic decisioni repugnat, quod sancitum est in l. et si is. C. de præd. mino. sine decr. non alien. Quòd si cura-



tor vendidit prædium minoris absque decreto magistratus, ipsa quidem venditio seu principalis contractus non valet; sed tamen si curator pro euictione pignora & fideiussores dedit, hæc accessoria obligationes firmiter adstringuntur. Resp. Ibi curator, non minor vendidit bona absque decreto, & de euictione promisit, eaque euictio hic principale est, pro qua accessorie bona sua hypothecæ obligare potuit. Peck. d. loco.

Tertio obiicitur, quod stipulatione alteri facta, ipsa principalis obligatio non subsistit; sed si pœna adiiciatur, hæc pœnalis stipulatio accedens valet. l. stipulatio ista. § alteri. ff. de V. O. Resp. Hæc regula non procedit, quando alia ratio militat in principali, quam accessorio, quod hic accidit. Nam principalis stipulatio non valet, quia alteri nemo stipulari potest, cum stipulationes ad hoc sint inuentæ, ut vnus quisque acquirat sibi, non alteri. Sed hæc ratio cessat in accessorio, nam qui pœnam stipulatur, sibi acquirit, non alteri.

Quarto & vltimò oppugnatur hæc assertio, quod hypothecaria actio potest subsistere, sublata principali siue personali, per l. j. & 2. C. de iur. pign. vbi hæc facti species proponitur. Debitor sub pignore decessit duobus heredibus relictis: in eos duplex est actio, principalis vel personalis, & hypothecaria seu accessoria. Ex personali tenentur saltem hæredes pro partibus hereditarijs, hypothecaria in solidum, si vel vnus nummus restat, tota res est in pignoris causa. Igitur si vnus ex heredibus soluerit debitum pro parte, sublata est actio personalis, tenetur tamen hypothecaria in solidum. Itaque in cuius persona sublata est principalis & personalis actio, non sublata est hypothecaria. Resp. Regula hæc subinde fallit, quod indicat verbum Plerumque in d. l. cum principalis, positum: potest enim fieri, ut rescisso principali, consistat nihilominus accessorium: nimirum si sit specialis ratio aut singularis prouisio in ipso accessorio; quod in hoc casu procedit, vbi durat hypothecaria sublata personali, quia scilicet indiuisa est pignoris causa. l. rem hereditariam 67. ff. de euict. Ita eleganter explicat has leges Cuiacius lib. Obs. 5. c. 32.

## ASSERTIO XCIV.

*Qui tacet, consentire videtur.*

**Q**UESTIO est controuersa, an tacens habeatur pro consentiente. Nam regula iuris civilis in l. qui tacet. ff. de R. I. implicat quandam contradictionem, dum primò dicitur, tacentem non fateri, & mox subiicitur, sed tamen verum est, eum non negare. Præterea duæ contrariæ regulæ iuris Canonici sunt de hoc articulo traditæ. Prima habet, Qui tacet, consentire videtur. Altera, Qui tacet, non fatetur, sed nec utique consentire censetur. Tacere igitur medium est inter fateri & negare, siue inter expressum consensum, & expressam contradictionem. Porro quando tacens confiteri vel negare videatur, tali distinctione solet explicari. Si factum sit tale, quod possit à tacente contradicendo impediri, tacens consentire videtur. l. sapè. ver. scientibus. ff. de re iud. Exempli gratia, Si fideiussor à tutore nominatus patiat nomen suum in actis scribi, neque contradicat, habetur pro consentiente, quia potuit contradicendo fideiussionem euitare. l. 4. § vlt. ff. de fideiuf. tuto. Sic etiam qui se præsentem patitur rem suam pignori obligari, & non contradicit, consentire videtur. l. fideiussor 26. § pater ff. de pigno. Si autem talis sit actus, qui potuerit etiam tacente inuito expediri, taciturnitas pro consensu non habetur, sed potius pro contradictione. tex. notab. in l. Caius 39. ff. de pig. act. Vbi ille qui tanquam testis subscribit instrumento, in quo alius se emisse rem subscribentis dicit, hæc subscriptio ei non nocet, quia res aliena etiam inuito domino vendi potest. l. rem alienam ff. de contr. emp. Hanc distinctionem tradit Dynus in d. c. qui tacet.

Obiicitur primò, quod præsens in interrogatione, & tacens, stipulatione non obligatur, neque consentire videtur. l. j. in princ. ff. de V. O. Resp. Hoc fit idè quia lex in stipulatione pro forma requirit verba & expressum consensum, vnde taciturnitas nihil operatur. l. omnes. § in hac. C. de epis. & cler.



Secundò aduersatur l. pen. ꝑ. de furt. vbi dicitur, si quis præsens sit, & taceat, quando res sua furto auferatur, tantum abest, vt consensisse videatur, vt etiam habeat furti actionem, ac si reo inuito esset contrectata. Resp. Hoc odio furum specialiter est receptū, qui quòd tacuit dominus, obiicere, & sic propriam turpitudinem allegare non debuerunt.

Tertiò & vltimò obiicitur, quod variis in locis iuris decisum extat, quòd inuitus censeatur, qui expressè non consentit. Sic in constitutione procuratoris, pro inuito habetur, qui scit se dari procuratorem, & tacet, licet expressè non contradicat. l. 8. § inuitus. ꝑ. de procur. Item in seruitute imponenda ille censeatur inuitus, non solùm qui contradicit, sed etiam qui tacet, & expressè non consentit. l. inuitum. ꝑ. de seru. vrb. præd. Ergo taciturnitas non semper inducit consensum. Resp. Quando agitur de persona alicuius obliganda, in dubio tacens non videtur consentire, puta vt quis assumat procuratoris officium. Vel quando hoc agitur, vt res sua alteri seruiat, tacens non præsumitur consentire. Gl. in d. c. qui tacet. Quod tamen fallit, si agatur de fauore pupilli vel Reipub. Si enim patre præsentè & tacente filius creatur decurio, pater obstringitur pro gestis filij, tanquam fideiussor. l. 2. ꝑ. Ad Municip. Sic etiam fauore pupilli obligatur fideiussor, qui patitur nomen suum actis inscribi. d. l. 4. §. vlt.

ASSERTIO XCV.

*Infamibus portæ dignitatum non patent.*

**T**ANTA est famæ dignitas & auctoritas, vt infames à Reipub. muneribus arceantur, eosque tantùm gubernationi adhiberi expediat, qui illæsam & integram famam conseruarunt, scilicet vt notatis & famosis, quos scelus aut turpitudò vitæ inquinat, & quos infamia ab honestorum cœtu segregat, dignitatis portæ non pateant. l. 2. C. de dignitat. lib. 12. c. infamibus. de R. l. in 6.

Aduersatur primò quod Vlpianus respondit in l. generaliter. § pen.

§ pen. & vlt. ꝑ. de decur. vbi spurios, & eos qui Iudaicam superstitionem sequuntur, ad dignitatem admittit. Resp. Tum demum hi admittuntur, si aliorum ingenuorum & bene natorum ciuium sit defectus, sicut & aliquando domestici & serui, & aliàs inhabiles admittuntur in testes, quando aliarum probationum non est copia. l. consensu. C. de repud. Prætereà spurij infamia iuris & facti non rectè dicuntur notati, quæ oritur ex improbis moribus, sed tantùm propter culpam parentum aliquid illis maculæ inhaeret, quod eos ab aliis discriminat. Palæot. in tract. de spurij c. 55. & seq.

Secundò obiicitur, quòd idem Vlpianus respondit, parui referre, integræ famæ quis arbiter sit, an ignominiosus. in l. Pædus. ꝑ. de arbit. Resp. Arbitri nullam habent dignitatem, cum nudam tantùm & simplicem habeant cognitionem, nullam verò jurisdictionem.

Tertiò repugnat, quòd dicitur in § vlt. Inst. de excep. infames posse esse procuratores. Resp. Quòd munus procuratoris non sit dignitas, sed potius onus vilissimum, à quo non arcentur infames. l. si quis procurationem. C. de decur. lib. 10. Hodie, quia vsu & moribus officium procuratoris, præsertim in maioribus curijs Principum non est vile, sed honorabile, infames à procuratorio munere in curijs bene ordinatis arcentur. Gail lib. 1. Obs. c. 43.

Quartò obiicitur, quòd Reus criminis delatus, post annum quàm delatus est, honores petere non prohibetur. l. Reus. ꝑ. de mun. & honor. Resp. Idè post annum potest petere dignitates, quia si intra annum non est finita accusatio, præsumitur delatus esse innocens, & præsumtio oritur contra accusatorem, quòd calumniosè processit ad accusandum. A

Yyy

ASSER



## ASSERTIO XCVI.

*In testamentis plenius voluntates testantium interpretamur.*

**H**ÆC decisio pro regula statuitur à Paulo in l. 12. ñ de R. I. Concordat c. cum dilecti. ex. de dona. vbi dicitur: In contractibus plena, in testamentis plenior, in beneficiis plenissima interpretatio est adhibenda. Vnde & Ulpianus ait in l. vel negare. ñ Test. quem. aper. quòd publicè expediat suprema hominum iudicia exitum habere.

Contra videtur statui apud Ulpianum in l. nummis. 75. de leg. 3. Nummis inquit indistinctè legatis, hoc receptum est, vt exiguiore legati videantur. Idem probatur in l. cum seruus 39. § scio. de leg. 1. Vbi dicitur, si quis duos fundos habens, eiusdem nominis, vnum legauerit, nec appareat, de quo sensit testator, minoris pretij fundum deberi. Ergo vltima voluntas non videtur plenè, sed strictè interpretanda esse. Resp. Quòd legata prædictis casibus accipiuntur de exiguiore moneta, vel fundo, est ex mente testatoris, qui non creditur voluisse heredem bifariam grauare: primùm videlicet, vt legatum solueret, deinde vt maiorem rem daret. Legati enim præstatio plerumque catenus interpretanda est, vt quam minimum oneret heredem. l. vnum ex familia. § si rem tuam. de leg. 2. Alioquin legato generaliter relicto laxior fit interpretatio de re medij valoris danda. l. legato generaliter 37. de leg. 1. Verissimum itaque est prædictam regulam etiam ad legata in testamento scripta pertinere.

## ASSERTIO XCVII.

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

**H**oc generale axioma tradit Pomponius in l. xi. ñ de R. I. Idem deciditur in l. cum mandati xij. C. Manda. Cum enim quilibet sit rei suæ moderator & arbiter. l.

in te mandata. C. Manda ille effectus, illaque vis dominij est, vt quod quisque suum tenet, id sine factò & voluntate eius auferri non possit. Multa videntur repugnare huic assertioni. Primò. Res communis dicitur mea, l. si quis seruos 74. de leg. 3. l. illud 46. ñ de rit. nup. Verùm pars rei communis sine factò & voluntate mea, ab altero locio transferri potest ad alium. l. falsò tibi. C. de com. rer. alien. Resp. Quòd vterque consortium rem vocat suam, quæ pro indiuiso communis est, hoc fit populariter, improprie & abusuè.

Secundò obstat, quòd creditor vendendo pignus transfert dominium sine factò debitoris. l. 1. & 2. C. Debitor vendit. pign. imped. non posse. Resp. Etiam hac in parte interuenit factum debitoris, quòd meretur rerum suarum translationem, quia non soluit quod debet. arg. l. qui non facit. ñ de R. I.

Tertiò obicitur, quòd res pupilli, quæ seruando seruari non possunt, alienari possunt à tutore sine decreto magistratus, & factò pupilli. l. lex quæ 22. C. de adm. tuto. Resp. Tutores auctoritate legis loco domini habentur, ideoque censetur factum domini interuenisse. l. interdum 56. § qui tutelam. ñ de furt.

Quartò refragatur, quòd cum ad executionem sententiæ faciendæ apparitores magistratus bona debitoris condemnati vendunt, transfertur dominium, & tamen hinc nullum domini factum interuenit, l. si pignora 50. ñ de euct. Auctoritas magistratus, cui præcipiendi ius fuit, vt bona venderentur, loco & vice consensus domini est. l. si ob causam iudicati. C. de euct.

Quintò opponitur. Vfuscapio transfert dominium in præscribentem sine factò & consensu veri domini. Resp. Et in vscapione factum domini negligentis rem suam à possessore vendicare, interuenit. Nam & qui permittit rem suam vscapi, intelligitur alienare. l. alienationis 28. ñ de verb. sign.

Vltimò aduersatur, quòd Imperator vel Princeps potest ex plenitudine potestatis alicui priuato res suas sine voluntate sua auferre, ex iusta causa. l. item si verberatum 15. §. j. ñ de rei vend. l. Lucius xj. ñ de euct. vbi dicitur, posse agrum alicuius priuati à Principe militibus assignari, modico honoris gratia



possessori dato. Resp. Hoc non fit sine facto nostro, quoties Reipub. defendendæ gratia militibus aliquid assignatur.

Omnes enim cuiuslibet loci possessores sunt obstricti ad vsus & necessitates Reipub. atque publica utilitas efflagitat, ut militibus in præmium benè nauatæ pro Repub. opera singuli priuati aliquid conferant, quia eorum opera, vita & bona subditorum ab hostili impetu defenduntur.

## ASSERTIO XCVIII.

*Fauorabiliores rei, potius quàm actores habentur.*

**H**ANC decisionem pro regula proponit Caius in l. fauorabiliores, § de R. I. Illud autem principid notandum, fauorem hinc non significare procluem, vagum & lubricum hominis affectum, quo nullo discrimine habito honesti vel turpis, iusti vel iniusti, alicui ex fauore vel gratia quid indulgetur. Sed intelligenda est utilitas quædam iustitiæ conueniens, ut fauor nihil aliud censei possit, quàm ipsum ius. Siquidem ipsum ius nihil aliqd est, quàm dispensatio utilitatis secundum iustitiæ & honestatis regulas ad transigendam hanc vitam ciuilitate secundum DEI voluntatem. l. i. in princ. & §. i. § de iust. & iur. Quæ utilitas & fauorem in se complectitur, nam fauere est commodum seu utilitatè alicuius tueri. Itaque idè rei conuenti actoribus plerumque sunt fauorabiliores, quia plus iuris habere præsumuntur, quàm actores, & per consequens æqualitas administrandæ iustitiæ actori sicut Reo seruanda est. Quæ regula procedit tam in ciuilibus quàm criminalibus causis, per rationem traditam in l. absentem. § de pœn. & l. qui accusare. C. de eden.

Sed è contrario videtur, quòd actores fauorabiliores sint quàm Rei. Si enim Reus fideiussorem dederit iudicio sistendi causa, nec conuenientum sit de die, quo sisti debeat, erit in potestate actoris diem constituere. l. de die 8. § Qui satisf. cog. Item actoris

actoris est interpretatio, si vtatur intentione vel oratione ambigua: accipiendum est enim id, quod ei vtilius videtur. l. inter stipulantem. 83. § Si Stichum, § de V. O. l. si quis intentione 66. § de iudic. Resp. In constituendo seu ordinando iudicio, plus fauetur actoribus quàm Reis, vt ad prosecutionem iuris sui viam habeant latè patentem. Quò spectant, quæ de die satisfactionis, & interpretatione libelli dicta sunt. Verùm in exitu iudicij seu decidenda lite, plures sunt rationes, propter quas rei censeantur fauorabiliores actoribus, scilicet in dubio, hoc est, cum neutrius litigatoris ius est iudici cognitum, vel legitimis probationibus, vel coniecturis. Rationes autem sunt hæ, primò quòd actor voluntarius, paratus & instructus in iudicium prodit, Reus è contra coactus, idèoque æquum est Reum potius quàm actorem subleuari. l. qui in alterius 42. in fi. de R. I. l. pure §. § vlt. § de excep. doli.

Secundò leges ob benignitatem naturæ consentaneam proniores sunt ad liberandum quàm ad obligandum. l. Arrianus. § de obl. & act. & Satius est (vt Traianus Imp. rescripsit) impunitum relinqui facinus nocentis, quàm innocentem condemnari. l. absentem. § de pœn. Hinc decisum est, quòd actore non probante, reus etsi nihil præstiterit, nihil probauerit, nihil pro se allegauerit, sit absoluentus, l. qui accusare. C. de eden. Hinc & constitutum est, quòd in criminalibus causis, nisi meridiana luce clariore probationes adferantur, Reus sit liberandus. l. vlt. C. de proba. Hinc etiam inter pares iudicium sententias, si forte dissonæ proferantur, ea præualere debet, quæ pro Reo facit. l. inter pares 38. § de re iud. Deinde in probationibus dubiis, & testimoniis hinc inde paribus, fauorabiliores sunt rei quàm actores. Vnde in causa dubia, quando pares sunt probationes, Reo potius, quàm actori defertur ius iurandum. l. admonendi. § de iureiu.



ASSERTIO XCIX.

*Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur.*

**R**EGLAM hanc proponit Ulpianus in l. semper 9. § de R. I. Concordat c. in obscuris. ex. de R. I. in 6. l. qui concubinam 29. § j. de leg. 3. l. si ita sit adscriptum 14. in fi. de leg. 1. dum dicit, exiguius legatum esse præstandum. l. si ita relictum 45. in princ. de leg. 2. vbi dicitur, Minor pars est accipienda, quæ venit in legato.

Sed refragatur, quod non extremum, quale est maximum, vel minimum, sed medium potius eligendum censetur. Sic Paulus in l. antiqui §. Si pars hered. pet. inquit, prudentissimi iuris auctores medietatem quandam secuti sunt. Idem affirmatur in § vlt. Inst. Quib. ex cau. manu. non lic. & § cum ex aliena. Inst. de rer. diuis. Resp. Quando manifesta ratio humanitatis, vt nemo lædatur, requirit alterum extremum, hoc est, maximum vel minimum, tunc vtrunque caret vitio, & accedit ad virtutem, quæ nimia esse non potest. Quo casu accipienda est hæc regula. Cæterum vbi obscuritas in vtranque partem, vel maximam vel minimam, lædere potest contra æquitatem, ibi retinendum est medium.

Secundò aduersatur, quod in dote promissa sine certa quantitate, non sequamur minimum, sed dotis quantitas pro modo facultatum promittentis, & dignitate mariti statuenda est. l. quæro 60. l. cum post 69. § gener à socero, § de Iur. dot. Resp. Non valet hoc casu argumentum à legato vel stipulatione speciei, vel quantitatis incertæ ad dotem. Quia in dote sunt nonnulla, ex quibus licet mutuari interpretationem quantitatis in dote constituenda. Dos enim promissa, licet in genere & indefinitè promissa sit, pro modo facultatum patris, siue promittentis, & dignitate mariti constitui debet. d. l. cum post. § gener. l. 3. C. de dot. prom. In legato autem vel stipulatione, vbi non est expressa certa quantitas, cessat omnis coniectura. l. Triticum 94. in fi. § de verb. obl.

ASSER-

ASSERTIO C.

*Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis conualescere.*

**P**AVLVS IC. hanc regulam adruit in l. quod initio 29. § de R. I. Concordat l. penu § eo. vbi Licinius Rufinus pro regula statuit, quod quæ ab initio inutilis fuit institutio, ex post facto conualescere non potest. Exempla sunt de marmore domui iniuncto. l. cætera 415 tractari. de lega. 1. de rebus extra commercium positis. Inter stipulantes. § sacram. § de V. O. Ratio regulæ est, quia sicut tempus non est modus inducendæ vel tollendæ obligationis. l. obligationum. § placet § de obl. & act. l. si certis annis. de pact. ita nec confirmandæ, l. si minor. § de seru. export. c. non firmatur. de R. I. in 6.

Opponitur, quod donationes inutiles, & alij contractus magistratibus vel administratoribus iustitiæ prohibiti, conualescunt. l. vnic. C. de contrac. iud. Resp. Tales contractus, iudicum, non solum tempus, sed auctoritas Principis, vel subactus & repetitus priuatorum consensus defendit, & per ratificationem confirmantur. arg. l. 1. & 2. C. Si ma. fac. rat. hab. et si bona minoris sine decreto iudicis alienata sint, licet non valeat alienatio, si tamen postea maior 25. annis silentio eam confirmet per quinquennium, vel expressa comprobatione alienationem ratam habeat, valebit alienatio. l. vlt. C. Si ma. fac. alie. sine decr. rat. hab. Regula ergo prædicta accipienda est, quod solo tractu temporis actus ab initio vires non sumat, nisi noua aliqua causa superueniat, quæ actum confirmet.

Secundò opponitur. l. 1. § sed et si filiusfam. de leg. 3. vbi dicitur, si filiusfam. reliquerit fideicommissum, initio non valet, sed tamen eodem in eadem voluntate, & sui iuris postea mortuo, fideicommissum debetur. Resp. Regula, vt iam dictum est, accipienda est, quando inutilitatis causa perdurat. Tur enim non potest



potest institutio inutiliter facta conualescere. Caterum si inutilitas cessat, & institutio redit ad iustam causam, tunc conualescit ex mutatione causæ.

A S E R T I O C I.

*Feudum antiquum, propter delictum in extraneum perpetratum, missum, deuoluitur ad collaterales agnatos propiores in gradu.*

**E**x grat crimine, quod vasallus contra extraneum committit, ut est parricidium, proditoria caedes, feudum amittit, quia sequente illum abominabili infamia, non potest in curia iurari stare, aut seruitia præstare. c. i. An ille qui interfe. fr. dom. lib. 2. feud. Feudo autem hoc modo amisso, priuat vasallus eo, & filij, alijque ex eo descendentes, quia in iis hereditarij criminis exempla metuuntur, reditque vetus feudum ad agnatos, nouum ad dominum. § pen. Quæ fue. pri. cau. lib. 2. feud.

Sed ardua & insignis est quæstio, ad quos agnatos, & intra quem gradum feudum perueniat? in hac quæstione extant duæ uersæ opiniones. Prima est dura & absurda, rationi & æquitati non conueniens, quod scilicet hoc casu feudum solùm ad agnatos, qui quarto gradu sunt, & non intermedios perueniat: frater igitur & fratris filius ipsius delinquentis excluduntur, quamuis nihil ad miserint. Ad hoc allegant textum in c. si vasallus culpam. Si de feu. def. conten. sit. lib. 2. Feud. Per hunc tex. probari uideatur hæc opinio, quam sequuntur ibidem Iaco. de Beluifo. Mart. Lauden. & Baldus. Approbat quoque Zazius in epitome feud. par. 10. nu. 104. & Curtius in tract. feudo. par. 4. num. 11. ad hunc cogitandum esse: negati enim non posse, prædicta iura hæc sententiam uigentissime probare, nec se videre, quomodo his possit realiter responderi. Allegatur etiam pro hac opinione tex. in c. 1. vers. similiter. Qu. mo. feud. amit. denique

tex. in c. 1. Si vasal. feud. priue. qui videntur hanc sententiam probare.

Sed contrariam opinionem, quod huiusmodi casu feudum delinquentis, ad proximiorum agnatum, etiam intra quartum gradum, & sic ad fratrem delinquentis pertineat, quando uidelicet paternum fuerit, probant textus rotundi & manifesti.

Primò tex. in c. pen. Quæ fuit pri. cau.

Secundò est tex. in c. vnic. An ille qui interfe. frat. dom. Qui textus non de agnato in quarto gradu, sed de proximiori iuxta graduum computationem manifestè disponunt. Hanc opinionem sequuntur Gl. Aluarot. Matth. de Afflic. in allegato c. si vasallus culpam. Idem sensit Andr. de Isfernia Feudistarum auctoriga. Approbant ex recentioribus Baro & Cuiacius.

Tertiò hæc opinio pro se habet naturalem æquitatem, quæ est, quod pœna non sit extendenda ad eos, qui nihil deliquerunt: nemo enim alieno odio prægruari debet.

Adhærendo igitur huic postremæ opinioni, non obstant ea, quæ suprâ pro prima opinione allegata sunt.

Et primò ad tex. c. si vasallus culpam, Aluarot. respondet, istum textum procedere circa tempora uetustiora, quibus agnati in quarto gradu excluderentur à successione feudi proximioris agnati. tit. de success. feud. lib. j. feud. Dubitabatur ergo in casu istius c. quod delinquens habebat agnatos quarti gradus, & non intermedios, seu proximiores, an feudum ad eos pertinere debeat: Iure enim antiquo excluderentur. Hoc dubium remouet textus, & admittit agnatos etiam quarti gradus: quia tunc non erant proximiores, sed per hoc agnatos intermedios seu proximiores textus nequaquam excludit.

Secundò non obstat tex. c. 1. vers. similiter. Qu. mo. feud. amit. quia Gl. Bald. Præpos. & Affl. ibi uerba textus fratrem interpretantur de fratre domini proditorie occiso etiam ad dominum feudum reuertitur, ut est tex. in c. qui interfe. frat. dom. &c. Aliàs si proprium fratrem feudum ad proximiorum agnatum, non ad dominum bit. ut Gl. istic admonet. Præterea Andr. de Isfer



546

ENANTIOPHONON CENT. IIII.

hunc intelligit de feudo nouo, quod etiam huiusmodi casu domino aperitur ob delictum vasalli.

Tertio non obstat tex in c. i. Si vasal. fea. priu. nam ibi etiam de iure antiquo statuitur, quod agnati admittantur vsque ad quartum gradum: imò hodie vsque in infinitum, si à primo acquirente descendant, sed intermedij proximiores si adfuerint, minimè excluduntur. Et sic hæc posterior sententia de iure æquior & verior videtur.

FINIS.

*Soli Deo gloria. et honor permaneat*



*Soli Deo honor*

La  
-bab.  
-addeus.  
-hanc sent.  
-modo vsq.  
-patre rex. in  
-horog

444  
705  
310  
222  
430  
258  
995  
per 43 a. b.

