

consulto pratermissum, quia hoc iudicium a ceteris in eo discrepat, quod causam non continet bona fidei iudicij. Nam illa familiae eriscundæ & communi dividendo oriuntur ex negotio communi gesto, & quasi ex contractu. In finium autem regundorum iudicio solus filii rem gerit, qui convenitur, magisque ex delicto aut quasi ex delicto hæc actio esse videtur, quam quasi ex contractu: quæ de causa est obligatio, unde hæc actio nascitur, ommissa est *rit. de obl. qua. ex contr.* Est igitur aut stricti juris, aut quod magis probo cum Ant. Fab. *dec. 49. ere. 1. arbitraria*: quoniam peremptoria est, *l. 1. in fin. reg. fac. l. 4. §. 3. eod.* & quod nomen arbitri in questione finium usurpatur.

7 *Quæ de estimato proponitur, & quæ ex permutatione* ] Ex actionibus præscriptis verbis duæ tantum hic proponuntur, quæ sint bonæ fidei, actio æstimatoria, & quæ ex contractu permutationis competit. Unde rectè vulgo interpretes concludunt, cæteras præscriptis verbis esse stricti juris. Cur duas illas placeat esse bonæ fidei, singularis ratio est, quam suggerunt *l. 1. de estim. n. 1. l. de contr. emp.* In illa refert Ulpianus, dubitatum fuisse, cum res æstimata vendenda datur, utrum hæc conventio esset venditio, an locatio, an denique mandatam: qui contractus omnes cum sint bonæ fidei, merito que hic dubitationis tollendæ causa introducta est actio præscriptis verbis, bonæ fidei censi debet. In hac offendit Paulus, tantam esse inter emptiorem & permutationem æstimatam, ut Cassius & Sabinus existimaverint, permutationem rerum etiam emptiorem & venditionem contrahi, & rem unam pretii, alteram mercis loco fungi: quæ rationes in aliis articulis, ex quibus nascitur actio præscriptis verbis, locum non inveniunt. Videbis D. Bachov. *disp. 6. de act. thes. 8.*

8 *Hæreditatis petitio* ] Petitio hæreditatis, cum ea sit actio in rem, *l. 2. §. 1. prohen. de hered. petit. l. 1. de rei vind.* non videtur convenire hæc qualitas ut repetatur actio bonæ fidei: si quidem qualitas illa propria est actionum in personam, & earum ferè, quæ ex negotio mutuo gesto nascuntur: quale nullum geritur inter hæredem & possessorem hæreditatis. Atque haud dubiè hæc ratione moti nonnulli veterum eam à classe iudiciorum bonæ fidei removerunt. Sed alii nihilominus eam inter bonæ fidei iudicia numerandam esse censuerunt, propterea quod in iudicio petitionis hæreditatis res ad negotiorum gestorum naturam proximè accedit. Constat enim, possessori hæreditatis committi rerum hæreditariam administrationem: unde fit, ut licet petitio hæreditatis sit actio in rem, multas tamen habeat præstationes personales, ut putæ eorum; quæ à debitoribus exacta sunt; item pretiorum rerum venditarum; item eorum que possessor creditoribus solvit, vel in hæreditate impendit, *d. l. 2. §. 1. antep. l. item veniunt. 20. l. planè 38. de hered. petit.* quæ omnia quodammodo actione in personam, & veluti ex negotio

gesto repeti videntur: unde etiam mixta personalis hæc actio appellatur, *l. 7. C. de per. her. rei ux. ad.* Idem est, si extraneus nomine mulieris, nisi statim stipulatus aut pactus sit dotem sibi reddi, *l. 9. in fin. C. de pact. tam sup. dot.* Profectim pater adjuncta filie persona petit, *l. 2. §. 1. solut. matr. ipsa sola, si emancipata est, l. si fecer. 44. eod. l. pater. 71. de evict.* Mortua in matrimonio filia, sive emancipata, sive in potestate, solus pater jus petendi habet, *l. 5. in pr. & §. 1. l. 6. de jur. dot. l. 21. solut. matr. l. 4. C. eod.* Pater mortuo dotis exactio filie manet, eaque mortua ad hæredes ejus transmittitur, *d. l. 1. un. §. 4. & 6.* Dotem adventitiam filia emancipata petit sola, filias: cum patre: mortua filia apud maritum remanet, nisi qui redderet, conveniret, *d. l. 1. un. §. accedit. 13.* Quod si pater dotem sibi reddi stipulatus sit, patris solus actio propria est, *d. l. 1. un. §. hoc. 14.* Pro repetenda autem dotè duplex iure veteri actio mulieri competebat, actio rei uxorie, atque insuper actio ex stipulato, si quando dotem sibi reddi stipulata fuerat: illa erat bonæ fidei, & proinde laxior; hæc stricti juris, sed ferrior, multique in rebus plenior & utilior, quæ causa est, quod Justinianus priorem sustulit, & quod in ea melius erat, transiit in actionem dotis ex stipulato, *d. l. 1. un. C. de rei ux. ad.* ubi constituit, ut quamvis mulier dotem sibi reddi stipulata non fuerit, aut stipulata sit inutiliter, nihilominus perinde habeatur, atque si stipulato revera & utiliter intervenisset, ut quæ hæc causa actio ex stipulato, quæ jure communi stricti iudicij est, bonæ fidei sit. Adjicit & de hypotheca, ne quid hic deesset mulieri ad omnem cautionem, in *pr. §. 1. & 2. d. l. un.*

T E X T U S.

De rei uxorie actione in ex stipulata actionem transfusa.

29. *Fuerat antea & rei uxorie actio una ex bona fidei iudiciis: sed cum plenior esse ex stipulata actionem invenientes, omne jus, quod res uxoria antea habebat, cum multis divisionibus in actionem ex stipulata, quæ de dotibus exigendis proponitur, transfulerimus, merito rei uxorie actionem sublata, ex stipulata actio, quæ pro ea introducta est, naturam bonæ fidei jure tantum in exactione dotis meruit, ut bonæ fidei sit: sed & tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiat, cujus solius providentia hoc inducimus.*

N O T E.

29. *Sed & tacitam hypothecam* ] Quatuor singularia hic à Justiniano constituta. 1. ut actio est stipulata mulieri datur, quamvis nulla stipulatio de dote reddenda interpolata. 2. ut actio illa in hoc casu sit bonæ fidei. 3. ut adjunctam habeat hypothecam bonorum mariti, *d. l. un. §. 1. 4.* ut ex hæc causa mulier præferatur omnibus aliis creditoribus: quamvis antiquiore hypothecam habentibus, *l. ult. qui pot. in pign. Nov. 97. c. 3. & 4.*

*Cujus solius providentia* ] His verbis excluditur tantum hæredes mulieris extranei, *d. l. un. §. 6.* Plenim privilegium dotis ad liberos transit, *d. l. ult. vers. exceptis. Nov. 91.*

C O M M E N T A R I U S.

- 1 *Solutio matrimonio quis quæ actione dotem olim repetebat? & quid hic novi à Justiniano?*
- 2 *Actio ex stipulata quam ob causam plenior visâ quàm rei uxorie?*
- 3 *Singularis, quæ circa actionem de dote ex stipulata Justinianus constituit.*
- 4 *Loiquam plerique visum, mulierem præferri expressam anteriorem hypothecam habentibus, & quid hic juris apud nos?*
- 5 *An liberi idem privilegium habeant, quod mater?*

*Solutio matrimonio, dotis repetitio est, nisi conveniret, ut mortua in matrimonio muliere, dos remaneret apud maritum, l. 32. de pact. dot.*

dot. Si mulier suo nomine dotem dederit, ipsi soli repetitio competit, *l. un. §. accedit. 13. C. de rei ux. ad.* Idem est, si extraneus nomine mulieris, nisi statim stipulatus aut pactus sit dotem sibi reddi, *l. 9. in fin. C. de pact. tam sup. dot.* Profectim pater adjuncta filie persona petit, *l. 2. §. 1. solut. matr. ipsa sola, si emancipata est, l. si fecer. 44. eod. l. pater. 71. de evict.* Mortua in matrimonio filia, sive emancipata, sive in potestate, solus pater jus petendi habet, *l. 5. in pr. & §. 1. l. 6. de jur. dot. l. 21. solut. matr. l. 4. C. eod.* Pater mortuo dotis exactio filie manet, eaque mortua ad hæredes ejus transmittitur, *d. l. 1. un. §. 4. & 6.* Dotem adventitiam filia emancipata petit sola, filias: cum patre: mortua filia apud maritum remanet, nisi qui redderet, conveniret, *d. l. 1. un. §. accedit. 13.* Quod si pater dotem sibi reddi stipulatus sit, patris solus actio propria est, *d. l. 1. un. §. hoc. 14.* Pro repetenda autem dotè duplex iure veteri actio mulieri competebat, actio rei uxorie, atque insuper actio ex stipulato, si quando dotem sibi reddi stipulata fuerat: illa erat bonæ fidei, & proinde laxior; hæc stricti juris, sed ferrior, multique in rebus plenior & utilior, quæ causa est, quod Justinianus priorem sustulit, & quod in ea melius erat, transiit in actionem dotis ex stipulato, *d. l. 1. un. C. de rei ux. ad.* ubi constituit, ut quamvis mulier dotem sibi reddi stipulata non fuerit, aut stipulata sit inutiliter, nihilominus perinde habeatur, atque si stipulato revera & utiliter intervenisset, ut quæ hæc causa actio ex stipulato, quæ jure communi stricti iudicij est, bonæ fidei sit. Adjicit & de hypotheca, ne quid hic deesset mulieri ad omnem cautionem, in *pr. §. 1. & 2. d. l. un.*

*Usa ex bona fidei iudiciis* ] Antiqua rei uxorie seu de dote actio naturam bonæ fidei obtinebat, *l. sed & §. 21. de solut. matr.* ubi Ulpianus ait, doli exceptionum inesse de dote actioni, sicut in ceteris bonæ fidei iudiciis. Ex Cicerone quoque in *Top. & lib. 3. de offic. c. 17.* dicimus, in hujus actiois iuris hæc verba usurpata fuisse, *quantum æquius melius.* Cujus etiam vestigia existunt in *l. penultim. §. ult. solut. matr. l. si cum 82. de solut.*

2 *Plenior em esse ex stipulata* ] Actionem ex stipulato ideo plenior em fuisse dicit, quia nonnihil habebat præcipui, & quædam commoda, quæ non erant in actione rei uxorie. Nam si mulier dotem sibi reddi stipulata erat, non erat locus edicto *De alterutro*, dotemque simul & legatum sibi à marito relictum petere poterat, cum abique stipulatione alterutrum tantum ex edicto consequeretur, præsertim auctore edicti, legatum in compensationem dotis relictum, *d. l. un. §. 3. C. de rei ux. ad.* Sed & quæ actioni rei uxorie obstat exceptiones & retentiones, ob mores, ob res amotas, & donatas, & impensas, *l. rei 16. §. 1. matr. nov.* non oblabant muliere agente actione ex stipulato, *d. l. un. §. tacet. 5.* Ad hæc, stipulatione non interpolata, dos adventitia, mortua in matrimonio muliere, apud maritum

*Viniunt in iustitiam.*

remanebat; actio autem ex stipulata ad hæredes mulieris transmittebatur, *d. l. un. §. maneat. 4. & §. illo. 6.* Postremo rebus fungibilibus in dotem datis etiam hoc commodum erat: actio nis ex stipulato, quod data quantitas hæc actione statim exigi poterat, & restituenta erat, cum in actione rei uxorie quantitas repetitio dilationem haberet, ut demum annus, bima, trima die redderetur, *d. l. un. §. cum act. 7.*

*Tacitam et dedimus hypothecam* ] Quo plenius & certius mulieribus de dote consultum esset, hoc etiam Justinianus constituit, ut actio dotis ex stipulato, quam pro rei uxorie actione introduxit, adjunctam haberet hypothecam omnium bonorum mariti, *d. l. un. §. 1.* & tandem ut in omnem eventum secutæ esset, etiam in hæc ipsa hypotheca privilegium hoc dedit, ut in ea mulieres omnibus aliis creditoribus præferatur, quamvis tempore prioribus, sive hypothecam tempore antiquiore habentibus, *l. ult. C. qui pot. in pign.* adeoque, quod contextus legis, & illa lexus mulieribus miserato, evincit perspicuè quæ apparet ex *Nov. 97. c. 3. & 4.* ut præferatur creditoribus non tacitam tantum, sed etiam expressam hypothecam anteriorem habentibus: quomodo & Doctores ultramontani constitutionem Just. interpretati sunt, & noviss. Ant. Mer. *3. controv. 9.* Sed quoniam hoc privilegium apertè iniquum est, utpote auferens mihi jus, quod mea mihi opera & cautione acquisivi, cæteri omnes æquissima interpretatione maluerunt hoc sic temperare, ut iis tantum creditoribus noceret, qui tacitam idem, ut mulier, & lege constitutam hypothecam habent, non etiam iis, qui habent antiquiorem expressam, id est, de qua sibi ipsi aperta conventionem propelexerunt. Ita comm. *DD. in d. l. ult. C. qui pot. in pign. & ad hunc §. ut videre est apud Jaf. Zal. Gómez. hic Negul. de pign. part. 5. memb. 2. n. 23. Cover. 1. ref. 7. n. 1.* Et secundum hoc temperamentum passim iudicari solet, testib. *Schn. n. 572. Ant. Fab. C. suo qui pot. in pign. def. 16. Christ. vol. 4. dec. 159. n. 8. Gall. 2. obs. 25. w. 10.* ubi dicitur, alio tempore ab hæc opinione in Camera Imperiali nunquam recessum fuisse: quamquam contrarium iudicium Camerae assert. *Mynl. 4. obs. 13.* Apud nos, sicut plerique alia iura, quæ de dote constituta sunt, locum non habent, quia nec ea constituta sunt, locum non habent. Iust. Conventum tamen nonnulli, si per pacta dotalia excludatur bonorum communio vel constituitur, ut uxor sua bona recipiat, quæ contulit, tunc locum esse jure civili, & tunc etiam legalem hypothecam in bonis dotalibus locum habere, ut nempe in iis mulier præferatur. Cæterum quomodo hæc res se habeat dices ex *Necidat. de pact. antepen. obs. 5. 10. 21. Grot. 1. introd. c. 5. & 1. introd. c. 12.* Antwerpia: jus civile & privilegia dotis servantur tunc illo pacto.

*Cum ipsa mulier experiat, cujus solius providentia* ] His verbis non excludit liberos mulieris, sed alios qui dotem pro muliere dantes eam



sibi reddi stipulati aut pacti sunt: itemque heredes mulieris extraneos, ad quos actionem dote ex stipulata mortua muliere transire voluit, d. l. un. §. ult. 6. C. de rei ux. act. Liberis autem eandem prerogativam, quam matri dedit, servari iussit, tanquam si mater adhuc viveret, d. l. ult. vers. exceptis. C. qui pot. in sign. §. Nov. 21. Itaque recte DD. comm. in d. l. ult. & cum iis Gomez. in l. 50. Turrii Christin. vol. 4. dec. 1600. n. 15. concludunt, liberos eodemque heredes mulieris idem privilegium praelationis habere, quod haberet mater eorum si viveret, licet id aliis hereditibus non competat. Diss. Ant. Fab. 8. conj. 13. cui occurritur ab Bachov. lib. 4. de pig. c. 15. n. 2.

## TEXTUS.

De potestate iudicis in iudicio bonæ fidei, & de compensationibus.

30. In bonæ fidei iudicii libera potestas permitti videtur iudicij ex bono & æquo æstimandi, quantum auctori restitui debeat. In quo & illud continetur, ut si quid invicem prestare auctorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed & in stricti iuris iudicij ex scripto divi Marci, opposita doli mali exceptio, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio easdem compensationes, que iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque: excepta sola depositi actione, cui ali- quid compensationis nomine opponi, sanè iniquum esse credimus; ne sub prætextu compensationis depositarum rerum quisquis ex actione defraudetur.

## NOTE.

30. Libera potestas permitti iudicij] Hinc est, quod bon. fid. iudicia passim appellantur arbitria, & iudices additi arbitri. l. 24. de pos. l. 43. l. ult. Jam. etc. l. 15. l. 17. C. de l. 18. comm. div. l. 38. pro soc. Cic. & Sen. ubi sup. In reliquum debeat condemnari] Aut si nihil reliquum, absolvi, l. 4. l. 11. C. de compens. Nam compensatio est debiti & crediti inter se contributio, l. 1. D. eod. Unde Græcis ἀντισημοσι dicitur.

Opposita doli mali exceptio] Que initio litis contestanda erat. In bon. fid. vero iudicij ad- mittebatur compensatio ipso iure, & citra excep- tionem præprie dictam.

Nostra constitutio] Extat in l. ult. C. de compens.

## COMMENTARIUS.

1. Causa liquida. Non liquidi ad liquidum cur non admittit compensatio?

1. Compensatione ipso iure actiones minui. Quid hoc, qua inde utilitatis? & quid si quis compensationis usus non fuerit?
2. Rerum consumpibilium duntaxat compensatio admittitur.

Ex eo, quod in bonæ fidei iudicij libera potestas iudicij est, omnia æstimandi ex æquo & bono, in strictis non item, tanè quotquot sunt inter hæc iudicia differentie. Inter hæc & illas olim erat, quod in bonæ fidei iudicij admittebatur compensatio à iudice sola æquitate iudicij, idque citra exceptionem præprie dictam, ipso iure. In iudicij autem stricti juris reus, cui quid vicissim ab auctore debebatur, necesse habebat, id propria actione petere usque ad referendum D. Marci, ex quo & in strictis iudicij potestas compensandi admittitur, opposita doli mali exceptio. Cæterum constitutio Justiniani vs compensandi latius introductam, atque ipso iure admissam, modo causa, ex qua compensatio obijciatur, liquida sit, in actionibus omnibus, & tam in rem quam in personam, duas tantum accepit, quibus in totum noluit compensationem opponi, actione depositi, & omni actione, qua possessio rei alienæ perperam occupata reperitur, l. ult. C. de compens. l. pen. C. de pos.

Eo compensatio reliquum] Hæc effectum compensationis indicant: nimirum compensatio cum sit debiti & crediti inter se contributio, l. 1. §. de compens. si compensato eo, quod invicem debeatur, nihil superest utrique, quod debeatur, absolvi reus debet; sin superest quod reus debeat, in id solum quod reliquum est condemnari. Unde compensatio utrinque pro soluto haberi dicitur usque ad concurrentes quantitates, que invicem debentur, l. 4. C. eod.

Opposita doli mali exceptio] Itaque post rescriptum D. Marci manebat adhuc illa inter iudicia bonæ fidei & stricti juris differentia, quod in his compensatio inducebatur ex exceptionis, que proinde initio litis contestanda erat, non contestata frustra postea obijciatur. In illis autem compensatio admittebatur ipso iure & citra ullam exceptionem præprie dictam; quod quale sit, postea audiemus.

Qua aperte iure minuantur] Id est, quæ ex causa liquida obijciuntur. Causam liquidam interpretamur, cum apertum est jus debitoris, qui sibi vicissim quid deberi intendit. Id ita fit, si causa debendi & iusta sit & vera, & talem esse vel in præsentia constat confessione adversarii, vel ce- leriter & expeditè probari possit. Cacheran. de off. Pædismon. 129. n. 13. Menoch. arb. cent. 1. cas. 14. ubi in hac re iudicis arbitrio nonnihil tribuendum existimat. Non liquidi cum liquido compensationem admitti Justinianus noluit, sed tam alii iudicio rem relevari iussit, ne creditor fiat in iuria, si debitori, qui initio tacuit, postquam in jura convictus aut pene convictus est, permittat confugere ad defensionem compensatio- nis ex causa, de qua non liquet, & que

actionem indaginem requirit, d. l. ult. Vide tamen Christin. vol. 1. dec. 231. vol. 3. dec. 38. Sanè & si causa, ex qua compensatio obijciatur, liquida non sit, si tamen reus initio litis compensationem contestetur, audiendus est: ad hunc casum constitutio non pertinet, ut bene Don. Argenter. part. 2. de exc. c. 8. n. 104. quorum aliquid minus nihil solidi ab aliis reponitur, adde que nos lib. 1. select. quæst. c. 50.

Actiones ipso iure minuantur] Hoc non ita accipiendum est: quati debitor liberetur compensatio sine facto suo, id est, non opposita defen- sione compensationis: nam cum iudex divinare non possit, an actor vicissim quid debeat, à reo utique hoc allegandum est, petendumque, ut compensatio admittatur: que tamen allegatio præprie exceptio non est, licet ita vulgo appelletur; nam alleganda compensationi quævis tem- pora idonea sunt ante executionem iudicij, l. 2. C. eod. sed species defensionis, que auctoris intentionem repellit negatione juris, qualis est allegatio solutionis, acceptationis, novationis, &c. vid. inf. tit. de except. Sed ita opposita & ad- missa compensatione statim ipso iure actionem tolli aut minui, reumque retroverus ipso iure utique ad concurrentem quantitatem liberatum intelligi, ex quo utrinque deberi cepit, l. 4. C. eod. Quod nosse, cum ad alias res apprimè utile est, tum ad accessiones rerum debitarum, que ex eo tempore sublatæ esse intelliguntur, puta fide- iusores, pignora, usuræ, l. 4. ff. d. l. 4. in ultim. 12. C. eod. Itaque cum alter pecuniam gratui- tam, alter sub usuris debet, concurrentis utrius- que quantitatis usuræ non præstantur, l. cum al- ter. 11. eod. Quæcumque autem vis est compen- sationis, ea constituta est debitoris, qui compensatio- nis usus est, l. 2. l. 5. eod. sin minus salva ei manet vetus petitio: nec creditor, qui totum petit male petitissimè videtur. Unde iudicatum est interim etiam adcedenti à creditore alii cedi posse eo effectu, ut quoque cedenti poterat obijci compensatio, ea obijci non possit cessionario, utique causam onerosam habenti, & actione utili suo nomine experienti, Christin. vol. 1. dec. 252. Ant. Fab. C. ius de compens. de fin. 3. fac. l. 4. §. 28. 29. & 31. l. 5. §. pen. de dot. mal. except. add. eund. Anton. Fab. 12. Corsect. 9.

Sive in rem, sive in personam] Ponendi tamen sunt termini habiles, nempe si res de quibus compen- dians & inter se contribuendis agitur, compensationem & mutuam contributionem admittit. Tales autem sunt illæ, que pondere, numero, mensura consistunt: quod vel ipsum nomen compensationis indicat, quo nihil aliud significa- tur quam debetè invicem pecuniæ aut quantita- tis contributio, & apertè ostendit d. l. 4. C. de compens. fac. text. in l. 18. de pign. act. l. 22. de compens. & alias in iura, quod iniquum est & jus non patitur, ut rem alienam emere, aut meam vendere, aut cum aliena permutare cogat, contra l. 16. C. de jur. delib. l. 5. C. de obl. & act. De-

nique si in aliis rebus, quam que functionem in genere recipiunt, compensatio admittatur, aliud cum alio compensari poterit: quod non magis li- cet, quam aliud pro alio invito creditore folvère, quippe cum compensatio non alia de causa de- bitorem liberet, quam quia pro solutione est, d. l. 4. C. de comp. junct. l. 2. §. de reb. credat. Cum itaque quantitas tantum cum quantitate seu pecuniæ cum pecunia compensatio fit, con- sequens omnino est, neque speciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, neque pecuniam illi debitam cum specie ab eo petita compensari posse, multoque minus speciem cum specie; & quod Justinianus generaliter hic constituit, compen- sationem in omnibus actionibus opponi posse, sic perpetuo erit accipiendum, ut in actionibus tum in rem, tum in personam, quibus certa species petitur, ita demum compensationi locus fit, si pro re pecunia præstari debeat, ut accidit, cum re dolo aut culpa debitoris amissa aut deteriorè facta, æstimatio eius deberi cepit: alias opus est mutua petitione ree reconventionis, ut nunc lo- quantur, l. 14. cum aut. sic. C. de excep. Quod & vulgò rectè probatum est, ut alibi demonstrabimus: nam & huic argumento proprium destinabimus tractatum. Duo omnino sunt, quibus egenitibus compensatio obijci non potest, scilicet & republica: sed certis duntaxat in causis ad publicam utilitatem pertinentibus, que com- prehensa sunt l. 3. C. de compens. l. auferunt. 46. §. ut arbitroribus. §. de jur. hie. l. ob negotium. 10. ff. de compens.

Excepta sola depositi actione] Quam idem excep- tisse videtur, ne mora illa inoperanter reddendi depositi, quod solius custodia causa datur, donec visum erit deponenti reperire. In l. ult. C. de compens. excipit actionem, qua pos- sesso rei alienæ perperam occupatè reperitur, que sanè species nullam aut reinendi aut cor- penandi probabilem causam habet. Per l. ult. C. de compens. & actionem commodati, cuius excipit & actionem commodati, ut est, ut commodatæ, non probabiliter recusat: sed hoc non obstat, quominus dicamus, iidem conditionibus, de qui- bus supra, locum esse compensationis etiam in actione commodati: Don. hic n. 10.

## TEXTUS.

De actionibus arbitrariis.

31. Præterea actiones quasdam arbitrar- ias, id est, ex arbitrario iudicij pendentes appellamus: in quibus nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, auctori satisfaciatur, veluti rem restituatur, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. Sed istæ actiones tam in rem quam



mus, actiones arbitrarie tertium genus constituitur plane junctum à superioribus: ut quæ sunt hujus generis, neque sint bonæ fidei neque stricti juris. Tale uique hoc genus aperte hinc statuit Justinianus, cum ait, *preterea esse quædam actiones quas arbitrarie appellamus*. Nam illud præterea non aliud valet, quam præter superiora: ut intelligamus, præter modo memoratas actiones bonæ fidei & stricti juris, esse & tertium genus earum, quæ dicuntur arbitrarie. Quod si veterum auctoritas queratur, non obicitur Marcianus in l. 5. de in lit. jur. actiones arbitrarie ab utraque superiore specie sejungit. Nam cum initio dixisset, in actionibus in rem, & ad exhibendum & in bonæ fidei iudiciis in litem iurari, subiicit in calce per aduersariam, *Item interdictum & in actione stricti iudicii in litem iurandum*. Aperte declarans actiones in rem & ad exhibendum, quas à bonæ fidei iudiciis antea distinxerat, nec stricti juris esse: sunt autem hæc arbitrarie, ut mox audiemus. Sed & Papiusianus tria hæc iudicia plane diuersa sunt arbitrarie, bonæ fidei, & quæ neutrum horum sunt, quæ dicuntur stricti juris. Quid quod arbitrarie actiones propriis accedunt ad naturam bonæ fidei actionum quam ad actiones stricti juris: nam & in arbitrarie permittitur iudici facultas estimandi ex se quoque & bono, quemadmodum actori satisfieri oporteat, in fin. hujus §. & in his similitur ut in bonæ fidei iudiciis iuratur in litem, l. 5. de lit. jur. ut si alterius specie aggregandæ sint, potius referendæ videantur ad classem iudiciorum bonæ fidei, quam stricti juris: quod tamen & ipsum admittendum non est; & neutrarum qualitatum ulquam actionibus in rem tribuitur, quæ tamen magnam partem arbitrariorum constituunt, ut vel bonæ fidei dicantur, vel stricti juris: quæque quæ qualitates non aliis actionibus, quam quæ in personam sunt, competunt, & maxime his, quæ ex conventionibus descendunt. Illud autem, quod ajunt, actiones arbitrarie natura sua & origine esse stricti juris, ex accidenti autem esse, quod his arbitrio iudicis condemnatio fiat, fallum est, præterquam in actione de eò quod certo loco, quæ à cæteris toto genere distat, ut paulo post apparebit.

NOTA.

33. *Ex arbitrio iudicis pendentes* ] Nam si reus arbitrio iudicis pareat, absolvitur: si non pareat condemnatur, & plerumque grauius atque in aliud, quam quod facere iustus erat, l. 14. §. quod met. ca. l. 46. & seq. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit. jur.

*Vel ex noxali causa* ] Puta si aduersus dominum noxaliter agatur ea actione, quæ & ipsa arbitraria esset, si cum domino ageretur directo: puta quod metus causa, aut de dolo. Don. n. 12.

*Quod certo loco* ] Hæc alia longè ratione arbitraria dicitur, quam cætera: quippe quæ origine sua est stricti juris; sed ex accidenti, quod alio loco intendatur, fit arbitraria; & ideo sic appellatur, quia arbitrio iudicis estimandum permittitur, quanti litigator interfit, potius solui loco constituto, l. 2. quod cert. loc. §. 33. vers. loco plus possit. inf. eod.

COMMENTARIUS.

1. *Actiones arbitrarie constituere tertium genus plane diuersum à superioribus.*
2. *Ex quo fit; quod actio de eo quod certo loco arbitraria? &c.*
3. *Cæterarum arbitrariorum natura: & ratio nominis.*
4. *Hoc in genere duplicem intervenire sententiam: mores hodie.*
5. *In ea quod certo loco una sententia rem transgred.*
6. *Reſtione noxales inter arbitrarie numerantur? saltem interdum.*
7. *Inter arbitrarie esse & rei vindicationem & confessoriam, &c.*
8. *Actiones quædam arbitrarie hic non nominantur. 9. Bonæ fidei & arbitrariorum discrimen.*

Interpretet vulgo existimant, non proponi hinc novum & tertium actionum genus, quod sit distinctum à superioribus, & earum, quæ neque bonæ fidei sint neque stricti juris. Sed actiones arbitrarie ad unum è duobus istis generibus referendas: esse enim ex eo genere, quæ stricti juris appellantur, vel esse speciem actionum stricti juris, ac proinde bipartita illa divisione, quæ proponitur §. actionum. 28. sup. contineri. Perez & Corvin. in erotematibus. Nos autem contra puta-

mus, actiones arbitrarie tertium genus constituitur plane junctum à superioribus: ut quæ sunt hujus generis, neque sint bonæ fidei neque stricti juris. Tale uique hoc genus aperte hinc statuit Justinianus, cum ait, *preterea esse quædam actiones quas arbitrarie appellamus*. Nam illud præterea non aliud valet, quam præter superiora: ut intelligamus, præter modo memoratas actiones bonæ fidei & stricti juris, esse & tertium genus earum, quæ dicuntur arbitrarie. Quod si veterum auctoritas queratur, non obicitur Marcianus in l. 5. de in lit. jur. actiones arbitrarie ab utraque superiore specie sejungit. Nam cum initio dixisset, in actionibus in rem, & ad exhibendum & in bonæ fidei iudiciis in litem iurari, subiicit in calce per aduersariam, *Item interdictum & in actione stricti iudicii in litem iurandum*. Aperte declarans actiones in rem & ad exhibendum, quas à bonæ fidei iudiciis antea distinxerat, nec stricti juris esse: sunt autem hæc arbitrarie, ut mox audiemus. Sed & Papiusianus tria hæc iudicia plane diuersa sunt arbitrarie, bonæ fidei, & quæ neutrum horum sunt, quæ dicuntur stricti juris. Quid quod arbitrarie actiones propriis accedunt ad naturam bonæ fidei actionum quam ad actiones stricti juris: nam & in arbitrarie permittitur iudici facultas estimandi ex se quoque & bono, quemadmodum actori satisfieri oporteat, in fin. hujus §. & in his similitur ut in bonæ fidei iudiciis iuratur in litem, l. 5. de lit. jur. ut si alterius specie aggregandæ sint, potius referendæ videantur ad classem iudiciorum bonæ fidei, quam stricti juris: quod tamen & ipsum admittendum non est; & neutrarum qualitatum ulquam actionibus in rem tribuitur, quæ tamen magnam partem arbitrariorum constituunt, ut vel bonæ fidei dicantur, vel stricti juris: quæque quæ qualitates non aliis actionibus, quam quæ in personam sunt, competunt, & maxime his, quæ ex conventionibus descendunt. Illud autem, quod ajunt, actiones arbitrarie natura sua & origine esse stricti juris, ex accidenti autem esse, quod his arbitrio iudicis condemnatio fiat, fallum est, præterquam in actione de eò quod certo loco, quæ à cæteris toto genere distat, ut paulo post apparebit.

*Ex arbitrio iudicis pendentes* ] Actiones arbitrarie sunt, quæ ex iudicis arbitrio pendunt, unde & nomen acceperunt. Et pendunt quidem omnes ex arbitrio iudicis, sed non omnes eodem modo: longèque alia ratione actio de eo quod certo loco dari oportet, arbitraria atque ex iudicis arbitrio pendere dicitur, quam reliquæ, quæ idem nomen habent. Nimirum, ut duæ sunt cause inter se diuersæ, ob quas actio dicitur arbitraria, ita etiam duo sunt actionum arbitrariorum genera, illidem causis inter se distincta. Nam

quædam ex eo arbitrarie dicuntur, quod in his tota condemnatio ex arbitrio iudicis pendet. Quo in genere sunt actiones, quæ sunt de eo quod certo loco dari oportet, sive ex causa stipulationis, sive quia ita cautum testamentum, vel quia manna pecunia fit data, ut certo loco redderetur, l. 1. r. 1. §. 1. & l. 6. de eo quod cert. loc. Ex his enim causis cum alio loco agitur, permittitur arbitrio iudicis estimandum, quanti litigatorum interfit instituto potius loco solui, quam eo, in quo agitur: ut si rei interfit, minuatur; si actoris, augatur condemnatio, l. 1. pr. & §. ult. d. tit. l. un. c. ubi conv. qui cert. loc. Formula iudicii hæc fuit: *Si parer, Titium decem Capus dare oportere, neque in eo loco pecuniam suo tempore soluisse, iudex arbitrarie tuo condemna*. Hujus generis arbitrarie natura sua & origine sunt stricti juris, sed ex accidenti, quod alio loco intendatur, quàm in quo dari debuit, novam qualitatem induunt, quæ ex strictis eas arbitrarie facit. Cæteræ, quæ arbitrarie dicuntur, diuersam naturam & rationem nominis habent. Hæc enim ideo sic appellantur, quia earum hoc proprium est, quod in his, antequam procedatur ad sententiam definitivam, ad condemnationem, vel abolitionem, iudex tanquam arbiter honorarius interloquitur, iudex reum aliquid facere conveniente natura actionis iussit; ex quo porro iustus seu arbitrio pendet actionis exitus, aboletio scilicet aut condemnatio. Nam si huic arbitrio reus pareat, absolvitur; si non pareat, condemnatur: ut quidem gravat atque in aliud, quam quod facere iustus erat, in penam contumacie. Ut ecce in actione, quod metus causa, probato metu, iudex reus rem, quæ metu extorta dicitur, restituere: si iustus iudicis non pareat, condemnatur in quadruplum, l. item si. 14. §. 1. & deinceps. quod met. caus. In iudicio rei vindicationis, probato domino, iubetur possessor rem item restituere: si per contumaciam non restituit, aut dolo fecit, quominus restituere possit, condemnatur quanti aduersarius in litem iuraverit, l. ejus rei. 46. cum l. seq. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit. iurand. Item fit in actione ad exhibendum, si iustus exhibere non exhibeat, l. 3. §. 2. ad exhib. Formula iudicii in rei vindicatione talis fuit, ut ex Cic. 4. in verr. dicitur: *Si parer, rem, qua de agitur, Titii esse, & ex rei arbitrio suo non restituatur, iudex condemna*. Condemna scilicet in aliud, & tandè, quanti res estimata erit iurejurando actoris. Itaque in posteriore hoc genere duplex sententia intervenit, una interlocutoria, iustus seu arbitrium de restituendo vel exhibendo; altera definitiva, litem terminans abolitione aut condemnatione; & prout reus præcedenti arbitrio parerit aut non parerit, quæ veteribus absolute sententia dicitur. Atque, ut ante diximus & probavimus, ubi reus est contumax, in aliud & grauius quod condemnatio fit, quam quod arbitrio continetur: puta vel in quadruplum, ut actione quod metus causa, vel in id, quanti res estimata fuerit iurejurando actoris, ut in cæteris

hujus generis. Nam quod aliquando etiam in causa contumacie ultra non proceditur, sed arbitrium transit in sententiam definitivam, & mandatur executioni, l. qui restituit. 68. de rei vind. extraordinarium est, arg. l. finita. 15. §. ubi autem. 23. de damn. inf. l. 1. §. 2. si contr. nom. mul. in poss. quamquam moribus nostris convenit, quibus semper in rem petitam fit condemnatio & executio. Sed neque arbitrium præcedit, aut possessor victus iuberetur interloquente iudice reum restituere: verum statim definitivè condemnatur, art. 172. infr. Cur. Boll. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 5. tit. 7. cap. 1. In priore autem genere res una sententia transigitur, ut in aliis fere actionibus, id est, nullo iussu iudicis præcedente, ex quo sententia pendit. Arbitrarium quidem iudex & in actione de eo quod certo loco, fed tunc, cum profert sententiam, nec tam quid reus faciendum habeat, quàm quid ipse pronuntiandum ac postea exequendum. Non obstat, quod ait Ulpian. l. 4. §. 1. de eo quod cert. loc. interdum iudicem, qui ex hac actione cognoscit, cautum ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est. Nam hoc singularè est, & extra casus illic propósitos vis locum habet: neque iubetur ex cautio interponi per modum arbitrii aut iustus, cui si non pareatur, reus grauius condemnatur, sed ad possessionem ipsius rei mero iudicis officio acquiritur ante oculos habentis; efficitur tantum ut actor remittatur ad locum constitutum. Ant. Fab. de iur. erro. 2. Hæc notanda fuerunt, propterea quod Justinianus species sive exempla utriusque generis consulum proposuit.

*Nisi arbitrio iudicis satisfacta* ] Ita hic loquitur quasi omnium actionum arbitrariorum hoc commune sit, quod in his iudex prius quàm sententiam ferat, arbitretur sive iubet reum aliquid facere; quod tamen quarundam dicitur, ut proprium, & non pertinet ad actiones arbitrarie: quæ sunt de eo quod certo loco, ut superius demonstratum est.

*Vel ex noxali causa* ] Inter actiones arbitrarie 6 numeratur hic & actio noxalis, id est, ea, quæ ex maleficio servi aduersus dominum competit, ut in damnatus aut litis estimationem iusserat, aut servum noxæ dederat, inf. de noxal. act. In quo quidem putant, iterum errare Tribonianum: nam actiones noxales inter arbitrarie referri non actiones noxales inter arbitrarie condemnatio arbitrio iudicis committitur, ut in actione de eo quod certo loco, neque pendat sententia, ut in his interponitur; sed iudici præscribitur iure, quam sententiam ferat; nimirum ut postquam probatum est, servum noxam commississe: dominum condemnent in decem aut servum noxæ dedere. Quod cum statim & conjunctim facere iubetur, iudicis hic admitti omnem arbitrii interponendi facultatem, cui parendo liceat condemnationem evitare. Nos tamen excusare Tribonianum maluit.



mus hoc fecisset colore, quasi non ideo actiones noxales inter arbitrias numeravit, quod putaret, eas semper esse arbitrias, sed quia tales sunt interdum. Et sane ita res habet, quicquid in contrarium disputet Ant. Fab. *dec. 93. err. 5. & 7.* interdum noxalis actio non est arbitraria, interdum talis est. De quo sic habendum. Ex quibus causis directa, seu ea, qua dominus ex suo maleficio convenitur, arbitraria non est, ex illidem causis nec noxalis arbitraria erit: & contra, quae ex causa directa est arbitraria, ex eadem causa noxalis quoque talis erit. Etenim actio noxalis non est propria species actionis, sed actionis ex delicto adjectio, cuius adjectionis hic tantum effectus est, ut liceat domino deditioe corporis, quod deliquit, evitare litem actionem, *l. 1. de noxal. act.* Et cum igitur actiones hae, furti, vi honorum raptorum, legis Aquiliae, iniuriarum, si ex maleficio domini adversus dominum agatur, arbitrariae non sint, nec arbitriae erunt, si dominus his non aliter conveniatur nomine servi. Ratio est, quia in noxali actione eadem domini condemnatio est, quae in directa, nisi quod in noxali disjunctio est, ut dominus solvat, aut servum noxae dedat; at hoc fit simul & conjunctum nullo precedente de noxae deditioe arbitrio. Ex diverso cum actio quod metus causa, & actio de dolo sint arbitrariae, cum adversus aliquem directo & nomine suo intentantur, etiam arbitrariae erunt, cum intentantur nomine servi noxalter: quod fieri posse constat, *l. quod diximus. 16. quod met. ca. l. 9. §. penult. de dol.* Tantum arbitrium iudicis, quod in actione directa continet solammodo iustum de re restituenda, in noxali adjunctum habebit iustum de servo noxae reddendo, sub disjunctioe, ut dominus rem detineat, vel servum noxae dedat, ut si neutrum horum fecerit, sequatur condemnatio; qualis in actione directa. Ita & D. Duar. *de lit. jur. num. 47. D. Donell. hic num. 12.*

[*Veluti Publiciana, Serviana.*] Duas profert species actionum in rem, Publicianam & Servianam seu hypothecariam; quas arbitrias esse declarat de hypothecaria etiam est textus in *l. si fideiuss. 16. §. de pignor.* An igitur hae solum in hoc genere sunt arbitriae? Nequaquam. Nam vel maximè arbitraria censenda est actio in rem civilis, sive rei vindicatio: quippe in qua praecipue arbitrium iudicis de restituenda locum habet, & re non restituta, ea, quam supra diximus, in juratum litem actionem condemnationis, *l. si res rei. 46. cum l. seq. de rei vind. act. l. 5. & l. 8. de in lit. jur. Lullim. de fideiuss.* nisi quod interdum, & extra ordinem nimirum, ipsam arbitrium executioni mandatur, & res possessori auferitur, iuxta *l. qui restituere. 68. de rei vindic.* Quod enim Ulpianus ibi ait de re restituenda jurjurando in litem, eo casu, quo res dolo fecit, quo minus rem restituere possit; id non ita accipiendum est, quasi hoc solo casu locus esset jurjurando in litem: sed quod isto casu jurjurandum illud sit necessarium, cum in casu prius po-

sito, ubi res panes contumacem est, possit etiam non jurari, & desiderante actore res auferri manu militari. Sed & si quae sunt aliae in rem actiones, sive civiles, ut confessoria & negatoria, sive praescriptivae, ut rescissoria: omnes arbitriae habende, quoniam omnes eandem aequitatem arbitrii & restitutionis admittunt, eundemque exitum condemnationis habent, ut significatur regula generali tradit in extremo *d. l. qui restituere. 68.* Ita quae male nonnulli hinc removere ipsam rei vindicationem, eamque collocant inter actiones stricti iuris; quod vel ex sola formula huius iudicii intelligi potest. In somma, omnes in rem arbitriae, excepta petitione hereditatis, quam placuit esse bonae fidei: & ideo licet & ipsa eadem recipiat, quae reliquae in rem; tamen non dicitur arbitraria, quia bonae fidei potestatem hoc habet, non arbitrii conditione, à qua sola dicitur actiones arbitriae.

[*Quod metus causa, aut dolo malo.*] Actionem quod metus causa arbitriam esse, etiam Ulp. scribit in *l. item §. 14. §. hae autem actio. 4. quod met. ca.* Idem de actione de dolo tradit Paul. in *l. arbitrio. 18. de dol.*

[*Quod certo loco.*] Hae actio cur arbitraria dicitur; & quantum à ceteris distat, superius expostum est.

[*Ad exhibendum.*] Actionem ad exhibendum esse ex numero arbitriarum, palam est: quoniam in ea quoque fit idem, quod in superioribus. Nam postquam actor docuit, in inferre rem exhiberi, jubetur reus exhibere: nisi exhibet, condemnatur quanti actor in litem iuraverit, *l. 3. §. ad exhib. l. 2. §. 1. l. 5. in pr. de in lit. jur.* Juratur autem hic non quanti aestimetur ex affectu res, quae exhiberi postulatur, sed quanti damnum, quod negata exhibitioe oritur.

[*Et ceteris similibus.*] His verbis significat, non eas solas actiones, quas nominavit, arbitrias esse, sed esse plures huius generis, quae hinc censeant non sunt. Ex actionibus in rem in numero arbitriarum tantum possunt duas praetoriarum, Publicianam & hypothecariam, sed addita particula *veluti*; ut intelligeremus, praeter eas quas memorat, & alias ex eodem genere arbitrias esse, nos autem tales esse offendimus, quotquot sunt in rem sive civiles sint, sive praetoriae. Ex his, quae sunt in personam, praeter eas, quae hic nominantur, arbitrariae est actio rem amotarum, *l. 8. §. 1. de act. rer. amor.* Eiusdem quoque generis est actio Faviana, *l. 1. §. 10. §. de fraud. par.* item Pauliana, *arg. l. 8. l. 1. §. 5. & fructus. 20. que in fraudem cred. Ant. Fab. dec. 93. err. 5. & 6.* Actio ex edicto de publicanis, *l. 1. in pr. l. 5. de publican.* Denique arbitriae habende quotquot sunt in personam ad restituendum, dum non sint bonae fidei. Planè in actionibus quoque bonae fidei, quae sunt ad restituendum, quales sunt, commodati, depositi, locati, pignoratitiae, eodem modo quo in arbitriis, res transigi solet, ut prius interponatur arbitrium de re restituenda, & nisi arbitrio paritum sit, iureju-

rando actoris litem aestimet, *l. 3. §. 2. commod. l. 1. §. in depositi. 26. de pos. l. 5. l. 8. de in lit. jur.* Sed tamen non ideo dicenda sunt arbitria: quoniam id non sola conditione arbitrii, ut illa quae arbitriae appellantur, sed potestatem bonae fidei habent: quae cum omnem speciem actionis complectatur, etiam hanc ipsam restitutionis & arbitrii continet. Arbitriae verò hanc unam fere speciem acquirunt habent, ut arbitretur primo iudex fidei, quod conveniat naturae actionis iustitiae: post deinde condemnet, si arbitrio non pareatur. Atque hinc explicandum, quod est in extremo huius §. permittitur iudici ex bono & aequo, &c. Natura actionum bonae fidei satis prolixia est, Coital. in *l. 7. de eo quod certo loco.* Inter arbitrias perperam Pacius in not. & D. Perez. in errorem. collocant actionem redhibitoriam. Magis enim est, ut hae bonae fidei sit, *l. 11. §. 3. de act. empr.* ubi distat Jurisconsultus ait, redhibitoriam iudicio empti contineri.

## T E X T U S.

Quinta divisio de incertae quantitatis petitione.

32. Curare autem debet iudex, ut omnino, quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat; etiam si de incertae quantitate apud eum actum est.

## N O T E.

32. *Quantum possibile ei sit.* Interdum enim natura rei id non patitur: veluti si plures res disjunctum, vel generaliter promissae petantur: nam iudex non potest electionem, quae hic reo competit, ei adimere, in unam certam rem eum condemnando.

[*De incertae quantitate.*] Puta de eo, quod interdum, cuius quantitas est incerta §. ult. sup. de verb. obi. l. 68. eod. l. 24. de reg. jur.

## C O M M E N T A R I U S.

- 1 Cur placeat, sententiam sine certa re aut quantitate prolatam non valere.
- 2 Certitudo sententiae unde metienda?
- 3 Quibus casibus fiat, ut certa sententia ferri nequeat.
- 4 Etiam in petitione incertam debere ferri sententiam.

1 Ræceptum generale pertinet ad omnes actiones & iudicia, sive bonae fidei aut arbitraria, sive stricti iuris, & sive certa quantitas petita est, sive incerta. Nam semper ita iudex pronuntiare debet, ut sententia sua finem liti imponat & controversiam dirimat, *l. 1. de re jud.* Esti autem hoc semper fit, cum res abolitur, non fit tamen semper, cum condemnatur, nisi condemnatur in certam rem aut quantitatem, sive quod idem valet, nisi certa sententia feratur. Etenim cum ex conceptione sententiae non apparet, quid quantumque praestandum sit, de quo quaerebatur, tan-

to abest, ut tollatur controversia, ut ea etiam augeri possit. Et ideo merito placuit, huiusmodi sententiam ipso iure nullam esse, nec rei iudicatae auctoritate censeri, *l. pen. & ult. C. de sentent. qua sine cert. quant. Don. num. 2. & seq. Schneid. num. 22. Mynd. num. 3. & contra DD. hie. Enim vero certitudo sententiae non ex eo solo metienda, quod iudex certam rem aut quantitatem in condemnatione verbis expresserit: sed etiam ex eo, quod se referat ad certum locum aut tempus, vel ad quantitatem antea determinatam, vel denique ad certum instrumentum veluti fit dicat: *Solve quod petitum est*, referens se certam partem actorum atque ex actis confert, quid quantumque petitum, aut *Solve quod illi edicillis continetur*, cum edicillis in iudicio essent prolatae, *l. 5. §. 1. & ibi DD. in l. sententia. 59. §. 1. de re jud. l. pen. C. de sent. qua fin. cert. quant. Christin. vol. 4. de off. 94. num. 10. Sicuti dixerit, *Solve quod debet*, nec ad certam partem actorum se expressit regulariter, nihilominus tamen plerumque exhibitam valere sententiam ex ea parte actorum, quae probationes continet, certitudinem recipere, quasi tacite ad eas se referat esse approbans pronuntians, atque ita restringit, *l. 3. in l. quid tamen 21. §. 3. de rec. arb.* Sive vero id exactis probatoriis non appareat, tunc huiusmodi sententiam non valere, etiam si certa quantitas libello comprehensa sit: nam cum jus veteret ex assertatione partis sententiam ferri, credibile non est, iudicem se eo referre voluisse: vid. Zal. in *l. 5. §. 1. de jud. Mynd. hic n. 12. Schneid. n. 24. Mathesian. sing. 141. & qui omnium accuratissime distinguit, Pet. Barbof. ad tit. ff. solut. matr. p. 5. rubr. n. 47. Est ergo notandum, nunquam sententiam à libello recipere interpretationem, nisi ad eam expressè habita sit relatio.***

[*Quantum possibile sit.*] Hoc ideo addit, quia interdum rei petite natura non patitur, ut certa sententia ferri possit; atque eo casu procul dubio incerta valere debet; veluti cum plures res disjunctum vel generaliter promissae petantur. Cum enim in his rei petite praestatio pendeat ex electione debitoris, §. seq. vers. hinc autem & seq. non potest iudex hanc ei adimere, in unam rem certam eum condemnando. Idem admittendum esse, & sententiam incertam valere, censent DD. in actione universali, qualis est petitio hereditatis, & actio familiaris erciscundae, item & maximè quando super accessionibus puta fructibus & expensis petitis, sententia fertur, eoque iure utitur. Christin. *d. de off. 94. num. 11. vid. planè Jo. Fab. hic n. 12. & seq.* Non idem est in actionibus generalibus; puta tutelae, pro socio, negotiorum gestorum. In quibus quidem incerta petitio admittitur, sed quis in his res aut sententiam declarandae sunt iuxta *l. 3. C. de iudic. Christin. de loco n. 26. certa hic sententia ferri debet. Quod quomodo procedat post Jo. Fab. & Plat. docet Schneid. hic n. 4. & n. 30. Excepit Accursius & iudicia noxalia: sed eo non mox*



merito reprehenditur ⁊ quoniam facultas noxa dedendi est à lege l. 6. §. 1. de re jud. quod ipse alibi agnoscit. §. inf. de off. jud.

*Etiā si de incerta quantitate* ⁊ Aditum potissimum propter obligationes faciendi, in quibus si factum non sit, quod fieri debuit, obligatio ⁊ petitio est in id quod actoris interest. l. si quis. §. 1. de re jud. l. si pœnam. c. 8. l. stipulationes. 7. de verb. obl. §. nō sap. ad. rit. Hoc igitur vult Justinianus: cui id quod interest, petatur, cuius quantitas incerta est. d. l. si pœnam. c. 8. de verb. obl. l. quatenus. 24. de reg. jur. nihilominus tamen certam sententiam ferendam ⁊ ut iudex prius cognoscatur, quanti interest actoris, ⁊ quantum id esse cognoverit, tantum sententia sua complectatur, in eamque summam reum condemnat, quod etiam fieri debere satis aperte precipitur in l. un. c. de sens. qua pro eo quod int. Nec memendum, ne hic iudex videatur reum in aliam rem condemnare, quam quæ petita est: contra quam cautum l. ut. c. de fidei. lib. Nam quemadmodum fidei à veteribus distum est, eum, qui frumentum ex spicis exciuit, non novam speciem facere, sed eam, quæ est, decerere, l. adeo 7. §. cum quis. 7. in fin. de acq. rer. dom. ita ⁊ iudex, eum certam summam dicti ejus, quod interest, non aliam rem dicit, sed eam, quæ petita est, ⁊ quam actor intelligi voluit, explicat lex Don. hic n. 5. Vulgo autem respondent, incertum ⁊ certum esse qualitates, quæ non faciunt difformitatem inter libellum ⁊ sententiam, Myñ. hic. n. 4. Porro ⁊ alias quamvis incerta sit petitio, certa tamen sententia, quod fieri potest, ferenda est, ut in actionibus generalibus, veluti pro loco, tutela, negotiorum gestorum, uti jam ante dictum est. In actione quoque arbitraria de eo; quod certo loco, ⁊ quodammodo etiam in actionibus bonæ fidei, atque adeo in cæteris quoque arbitrariis incertum in petitionem deduci videtur, propterea quod in his omnibus iudici permittitur ex bono ⁊ æquo arbitrate, quemadmodum actori satisfieri oporteat: sententia tamen semper certa esse debet.

## TEXTUS.

## De pluri petitione.

33. Si quis agens intentione sua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineat, causa cadabat, id est, rem amittebat; nec facile in integrum restituebatur à prætorē, nisi minor erat 25. annis. Huic enim sic ut in aliis causis, causa cognita succurrebatur, si lapsus iuventute fuerat; ita ⁊ in hac causa succurri solitum erat. Sand. si tam magna causa iusti erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam majori 25. annis succurrebatur: ve-

luti si quis totum legatum petierit, post deinde prolata fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data sint; quæ efficiebant, ut plus petiisse videretur petitor, quam doctandam; atque ideo lege Falcidia legata minuebantur. Plus autem quatuor modis petitur, re, tempore; loco; ⁊ causa. Re, veluti si quis pro decem aureis, quæ ei debebantur, viginti petierit; aut si is, cuius ex parte res est, totam eam, vel majorem partem, suam esse intenderit. Tempore, veluti si quis ante diem vel ante conditionem petierit. Quia enim ratione qui tardius solvit, quam solvere deberet, minus solvere intelligitur, eadem ratione qui pramature petit, plus petere videtur. Loco plus petitur, veluti cum quis id, quod certo loco sibi dari stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus fuit, Ephefi dari spondes? Romæ purè intendat, sibi dare oportere. Ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem, quam haberet promissor, si Ephefi solveret, admittit ei pura intentione. Propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur; in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quæ promissori competitura fuisset si illo loco solveret, quo se soluturum spondidit. Quæ utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur; veluti vino, oleo, frumento, quæ per singulas regiones diversa habent pretia. Sed ⁊ pecunia numerata non in omnibus regionibus sub iisdem usuris sanerantur. Si quis tamen Ephefi petat, id est, eo loco petat, in quo ut sibi datur, stipulatus est, pura actione rectè agit. Idque etiam prætor demonstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori. Huic autem, qui loco plus petere intelligitur, proximus est; qui causa plus petit: ut ecce, si quis ita à se stipulatur, Hominem Stichum, aut decem aureos dari spondes? deinde alterum petat, veluti hominem tantum, aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere stipulationis, promissoris electio, utrum pecuniam, an hominem solve-re velit. Qui igitur pecuniam tantum, vel

hominem

## COMMENTARIUS.

- 1 Qui ante conditionem petit, eum nihil consumere.
- 2 Pœna à Zenone constituta in eos, qui tempore plus petunt, à Justiniano in eos, qui alio modo.
- 3 Quid nunc fere in præci circa hoc observetur.

Superius admonuit iudicem officii sui in ferenda sententia. Hic actorem infruit ad actionem rectè instituat, formandamque libellum petitorum. Summa disputationis huc redit, ut petat actor, quod sibi debetur; ut petat, quantum sibi debetur; ut petat ex ea causa, ex qua debetur. Si fecerit, placet interdum petitionem ei nocere, interdum non nocere. In quo tamen ab observatione juris veteris procul recessum, ut postea intelligemus.

*Causa cadebat* ⁊ Ut dicentem omne jus suum diligenter explorare, nec temerè aliis creare molestiam, placebat olim, eum qui plus quam sibi deberetur petebat, graviter multari, remque totam amittere, uti passim ex Ciceroe intelligi potest, præsertim ex oratione pro Q. Roscio Comado, fac. l. 1. de int. injur. l. si pater. 26. de solut. Hinc illud apud Plautum in Mostellaria. ad. 3. scer. 1. v. 123. Velim quidem hercle ut uno nummo plus petat. Id veteres dicebant causæ cadere, etiam formula cadere aut excidere, ut ex eodem Ciceroe, 1. de orat. cap. 36. Sueton. in Claud. c. 14. Senec. epist. 48. Quintil. lib. 3. inst. orat. cap. 5. dicimus.

*Nec facile integrum restituebatur* ⁊ Adversus amissionem causæ ob pluri petitionem nemo à prætorē restituebatur, nisi ex illis causis, quæ iurè communi etiam in aliis rebus in integrum restitutionem præbebant. Quorum due hic proferuntur, ætas persone plus petentis, ⁊ iusta errandi causa. Faciliores aliquando Principes fuerunt: nam de Claudio refert Suetonius d. loc. solutum eum fuisse restituere ex bono ⁊ æquo actiones iis, qui apud privatos iudices plus petendo formula excidissent. VINN. Immo ⁊ Prætorē id aliquando fecisse, dicimus ex Senec. Epist. 48. ubi elegante allusione ⁊ Philophorum adversus captiones Sophistarum in integrum restituere ait. Locum ipsum habes paulo post ad verba: *Etiā majori* HEIN.

*Nisi minor erat viginti quinque annis* ⁊ Minor, qui errore ætatis ⁊ juvenali temeritate plus petendo causa ceciderat, prætor causa cognita subventebat per restitutionem in integrum ex edicto generali de minoribus, l. 1. ⁊ passim, de minoribus.

*Etiā majori* ⁊ Ex illa parte edicti de majoribus restituendis, item si quis alia mihi causa iusta esse dicitur, in integrum restituam, l. 1. in fin. ex quibus ca. maj. Iusti, erroris, ⁊ quid ob id merito etiam in majoribus exculetur, causa est in hac specie; Titio tantum testamento legata sunt, deinde viginti codicillis adempta. Titius codicillorum ignarus tota tantum ex testamento petit. Item in hac, Titiator doctandam bonorum in testamento Promissor legavit; post, deinde in codicillis nonnulli legavit Titio; Sempronius qui nihil de codicillis audiverat, doctandam

Aaaaa

hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario, ⁊ eo modo suam quidem conditionem meliorem facit, adversarii verbis sui deteriore. Quia de causa talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est, ut eodem modo peteret, quo stipulatus est. Præterea si quis generaliter hominem stipulatus sit, ⁊ specialiter Stichum petat, aut generaliter vinum stipulatus sit, ⁊ specialiter Campanum petat; aut generaliter purpuram stipulatus sit, deinde specialiter Tyriam petat; plus petere intelligitur, quia electionem adversario tollit, cui stipulationis iure liberum fuit, aliud solvere, quam quod peterebatur. Quin etiam licet vilissimum sit, quod quis petit, nihilominus plus petere intelligitur; quia sepe accidit, ut promissori facilius sit illud solvere, quod majoris pretii est. Sed hæc quidem antea in usu fuerant, postea verd lex Zenoniana ⁊ nostra rem coarctavit. Et si quidem tempore plus fuerit petitum, quid statui oporteat, Zenonis divæ memorie loquitur constitutio. Sin autem quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum, in omne, si quod forte damnum ex hac causa acciderit, ei, contra quem plus petitum fuerit, commissæ tripli condemnatione, sicut supra diximus, puniatur.

## NOTÆ.

33. *Vel ante conditionem* ⁊ Quæ modo efficiat, ut ante debeat aliquid, quo dici possit ante agendo plus peti; veluti si quis dare promiserit, si morietur. Alias pendente conditione petens, non male aut perperam agere dicitur, sed nihil agere, l. un. in fin. quan. di. usufr. leg. 26. de solut.

*Arbitraria esse actio proponitur* ⁊ Quæ quam ob causam introducta sit, docet Gajus l. 1. de eo quod certo loc.

*Ratio utilitatis, quæ promissori* ⁊ Pluri petitio hic æstimatur ex damno promissoris, cui pura intentione admittit utilitas, quam habiturus esset, si eo loco solveret, in quo te soluturum promisit.

*Quia utilitas solvendi salva promissori* ⁊ Id est ratio utilitatis, quæ promissori competitura fuisset, si alio loco solveret, non habetur: nam cum eo loco convenitur, quo dare promisit, ejus nihil interest ratione loci, Fabrot.

*Specialiter Tyriam* ⁊ Quæ nobilior est. Strabo lib. 16. Plin. lib. 4. cap. 19. ⁊ lib. 21. cap. 8. Eustath. ad Odys. 15. ἐπιφανέστερον ἔστι τὸ Τυρία πορφύρα. Vinnius in Justin.



integrum ex testamento petit. Iustus in utraque specie error est, & cui ignorantia oporteat; proprie ree ad alieni facti nascitur ignorantia, l. ult. pro suo. Alludit huc Seneca Epist. 48. *Quid enim aliud agit, inquit, cum eum, quem interrogat, in fraudem inducitis, quam ut formula eccidit ostendatur? Sed quemadmodum illud prator, sic eos Philosophia in integrum restituit.*

*Aque ideo lege Falcidia legata minuuntur.]* Receptor erit sententia, si legamus, ideo quod lege Falcidia, &c. quippe ratio cur in propositio petitur plus petitis videatur, quam dordantem, hac est, quod lege Falcidia legata ipso jure minuantur. Ut bene observavit D. Horom.

*Plus autem quatuor modis.]* Petitis plus petitionis non solum locus erat, cum quis re aut quantitate plus petisset, sed etiam cum quavis alia ratione, puta tempore, loco aut causa seu modo. Paulus 1. sent. 10. *Causa calimus*, inquit, aut loco, aut summa, aut tempore, aut quantitate. *Loco, si alibi; summa, si plus, quam datus, petimus; tempore, petendo ante tempus; qualitate, assiduum species rem meliorem possiduites.* Hac quatuor species plus petitionis plenus hoc loco explicatur a Justiniano.

*Re, veluti si quis pro decem aureis, &c.]* Re plus petere dicitur, qui majorem vel summam pecuniam, vel partem rei, quam que sibi debetur, petit.

*Tempore, veluti si quis ante diem vel conditionem.]* Plus quam debetur, sine controversia petit, qui ante diem petit. Nam quod in diem promissum est, etiam ante diem debetur: ut hic subdit debitorum quod peti possit, & pramatur petendo amitti, §. 2. sup. de verb. obl. l. cedore. 2. 13. de verb. sign. junct. §. temporales. 10. inf. de except. Sed quod addiit, etiam eum plus petere, quam debetur, qui ante conditionem petit, incaute & perperam adjectum videtur. Etenim cum conditio suspendat obligationem, ita ut pendente ea nihil dum debeat, §. sub conditio 4. sup. de verb. obl. d. l. cedore. 2. 13. de verb. sign. l. 8. de per. & com. rei vend. quomodo dici potest, plus debito petere, qui ante conditionem petit, hoc est, eo tempore, quo nondum ulla nata est obligatio? Quod si ante conditionem agendo nemo plus debito petere intelligitur, consequens est, neque poenam plus petitionis ad eos, qui ante conditionem petunt, pertinere. Et res ita te habet. Qui ante tempus petebat, ideo rem contumebat, quia in iudicium eum deduxisset, d. §. temporales. 10. inf. de exc. Ad pendente conditione cum nihil sit, quod debeat, nihil quoque est, quod in iudicium deducatur, & deducendo contum. possit. Et ideo veteres eum, qui pendente conditione petit, non male aut perperam agere dicunt, ut eum, qui petit ante diem, sed nihil agere 1. un. in fin. quamvis dicitur. leg. ced. de discret. nihil contumere. l. 6. pater. 26. de salar. An igitur putamus hanc Iustitiam Tribonianum 1 Potius est, ut dicamus eum per conditionem intellexisse, non eam, quae verum conditio est, scilicet, quae an exitura sit, incer-

tum est, & qua proinde pendente nihil debetur; sed eam, quam veteres minus proprie conditionem vocant, nimirum, quam certum est omnimodo exituram esse, veluti, si quis, si morietur, vel cum morietur dare promiserit, & stipulator vivo promissore agat. Nam tali sub conditione quod promissum est, pendente quoque ea debetur, l. nam si. 17. cum l. seq. de cond. ind. l. 9. §. 1. de novat. Et igitur, ante conditionem, intellige, qua modo efficiat, ut ante debeat aliquid, quo dici possit, ante agendo plus peti, quam debeat.

*Qua enim ratione qui tardius.]* Si minus in tempus cadit, etiam plus cadere intelligitur; nam contrariorum sunt contraria consequentia. Constat autem, eum, qui tardius solvit, minus solvere; quoniam emolumentum intermedii temporis admittit creditor. Sequitur igitur, ut qui solvit celerius, plus, solvat; quemadmodum veteri proverbio dicitur, *Bis dat, qui citatus*, & qui celerius petit, plus petat: quoniam reliqui temporis commodo, quantum in se est, debitorem privat.

*Loco plus petitur.]* Plus etiam petere intelligitur, qui quod certo loco sibi dari stipulatus erat, alio loco petit. Que plus petitio aliam agere damno promissoris, cui pura intentione admittitur utilitas, quam habiturus esset, si eo loco solveret, in quo soluturum foret.

*Roma parè intendat sibi dari.]* Potest intendere sibi dari oportere hic dicitur, qui intendit sibi dari oportere sine commemoratione loci, in quo dari sibi stipulatus est, & omnia arbitri formula, qua iudici perimitur facultas aliamendi ex bono & aequo, quantum promissor solvere debeat. Nam pura intentio hic actioni arbitrariae à regione opponitur.

*Alio loco petenti arbitraria actio.]* Alio loco; quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere. Sed, quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promississet, nunquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia alius locis necessario distringeretur, non posse stipulatore ad suum pervenire: ideo visum est, in eam rem actionem utilem sive arbitriariam comparare, l. 1. de eo quod cert. loc. Hac ratione & actori consulti, data alibi agendi facultate, nec reo sibi injuria, cui alibi convento arbitrio iudicis falva praestatur utilitas loci constituit. Illud hic obiter monendi sumus, quod passim dicitur, eum, qui certo loco dare promissit, posse quolibet alio loco arbitraria actione convenire, sit accipiendum, ut supponatur termini habiles, id est, modo locus sit idoneus, qualis est locus domicilii & contractus, & qui forum tribuat, l. hares. 19. §. 1. de excep. de jud. l. contraxisse. 21. de O. & A. Costal. ad l. 1. de eo quod cert. loc. Perez. in C. ord. n. 1.

*Que nullitas plerumque in mercibus.]* Constat, varia esse rerum pretia per singulas civitates regionisque; maxime vini, olei, frumenti. Pecuniarum quoque licet videatur una & eadem pecu-

tas ubique esse, tamen aliis locis, facilius & levioribus uluris pecunia invenitur, aliis difficilius & uluris gravioribus, l. 2. de eo quod cert. loc.

*Proximus est, qui causa plus petit.]* Verbum causa variam admodum in iure civili significationem habet, & quae facilius intelligitur, quam exprimitur. Hic autem significat modum seu qualitatem obligationis, l. obligatio. 44. in pr. & §. 2. de oblig. & ul. Paul. 1. sent. 10. Qui autem causa plus petit, idem tere peccat, quod is, qui plus petit loco. Nam quemadmodum, qui alibi petit, quam ubi debetur, loci utilitatem admittit debitori, ut qui causa plus petit, promissori admittit utilitatem electionis.

*Hominem sicubum aut decem aureos.]* Dux sunt species plus petitionis ratione cause: quarum altera hic proponitur, cum ex pluribus rebus disjunctim promissis una aliqua certa petitur, altera vero subicitur, cum genere promisso, petitur certa species. In utraque autem specie eadem ratione plus peti intelligitur, nimirum quia roo aufertur electio, quae in utroque genere obligationis est competita.

*Promissoris electio est.]* In disjunctivis obligationibus, id est, cum illa aut illa res promittitur, rei electio est, l. plerumque. 10. in fin. de jur. dor. Et ideo qui electionem sibi non constituit, incertum stipulari dicitur, l. ubi autem. 75. §. qui illud. 8. de verb. obl.

*Generaliter hominem stipulatus.]* Sicut in promissione alternativa electio reo tribuitur, ita & in promissione generis, l. cum in. 32. in fin. de cond. ind. l. facijorem. 51. mand. l. ex pluribus. 106. de verb. obl. ut proinde eadem ratione plus petitione dicatur, qui genere promisso certam ex eo genere speciem petit, quia is plus petere dicitur, qui pluribus rebus disjunctim promissis unam earum petit simpliciter.

*Es specialiter Campanum petat.]* Theophilus scribit, vinum Campanum omnium aliorum esse pessimum: eum tamen Gajus & Ulpianus ejus exemplum pro eo, quod optimum est, adducunt, l. stipulationum. 74. & l. seq. §. 2. de verb. obl. ut hic etiam Justinianus; quod vel puer videtur. Scriptores quoque ceteri vna Campana inter generosissima numerant; quales sunt illa cithrini Horatii celebrata, *Caenium, Massicum, Falernum, Formianum, Calenum*. De regione Campaniae Italicae Florus lib. 3. c. 15. ita scribit, *Omnium non modo Italia, sed toto terrarum orbe pulcherrima Campania plaga est. Nihil mollius caelo; bis spiritibus ornata. Nihil uberius solo: ideo Liberi Ceterisque certamen dicitur. Et paulo post: Hic amidi varius montes, Gaures, Falernus, Massicus, & pulcherrimus omnium Vesuvius. Eadem ferè de ora Campaniae habet Plin. lib. 3. c. 5. unde videtur Florus sua deceptisse.*

*Tyrinum.]* Purpuram omnium pretiosissimam, teste Strabone, lib. 16. add. Plin. lib. 5. c. 19. & lib. 21. cap. 28. Punicum purpura colore prope Africa, id est, quasi violaceum: Tyros autem rubrum, auctore Vitruvio lib. 7. c. 17.

*Licet vilissimum sit.]* In pluris petitione ratione cause plus non tantum aestimatur ex pretio & valore rei, sed etiam ex facultate solvendi, & quod addendum, ex affectione quoque debitoris. Saepè enim homines certis rebus aliter atque aliter aestificantur.

*Sed hac quidem ante.]* Quibuscumque modis ex quatuor, quos Justinianus expoluit plus petitionum esset, ea olim erat poena plus petitionis, ut auctor causa caderet. Sed postea ab hac poena recessum est, & in eos, qui tempore plus petent, alia poena constituta à Zenone; in eos, qui alio modo, à Justiniano. Quid à Zenone cautum fuerit, exponitur inf. de excep. §. temporales. 10. nimirum ut adversus eum, qui ante tempus petit, dupliciter inducitur temporis, & ut his finitis non ante reus actionem suscipere cogatur, quam impensas prioris litis ei fuerint restitue. Constituta ipsa desideratur. Epitomen ejus ad Basilicum credit Cujac. lib. 12. obf. 21. Adversus ceteros Justinianus hanc poenam se statuerit ait, ut si quis ex pluris petitione damni senserit adversarius, id petitur triplo compenset. Justinianus quoque hæc constituit interdicti, & ideo multa hic nobis incerta relinquuntur. Refert se hic ad *etriplici. 24. sup. hoc tit. ubi nominatim agit de eo: qui majorem debita quantitate petit, idque dolo malo, ut viatores majores exigenter sportulas: hic autem loquitur, ut videatur vellet poenam tripli. etiam extra causam doli obtinere, eademque poena multari eos quoque, qui loco & causa plus petunt, ut hic tripler ut omne datum, quod reo per causam iniustam petitionis illatum est. In praxi neutra prædictorum constitutionum observatur, quo facilius earum factura est. In toto enim Belgio, Gallia, alisque Regionibus eo nunc jure utuntur, ut si quantitate aut summa plus petitum sit non dolo malo, tantum pro quinquaginta, quae liquido debentur, centum, reus si nihil obtulerit, condemnatur in omnibus litis expensis, idque propter moram, cum petentem, quam le debere non ignorat, offerre debent. Si vero reus partem debitam offerat, actor in lite perseverans reo in expensis condemnatur. Quod si certum corpus, quod nostri speciem, Philosophi individuum appellant, petitum sit, veluti fundus, & pars injuste possessa non offeratur, impense, quasi in victoria victor compendatur. Idemque est, si debitum non sit liquidum: nam tunc debitori imputari non potest, quod certam quantitatem non offerat. Si loco plus petatur, ita obveniendi reus, ut saltem jus actori maneat convolvens reum in loco constituto, & in expensas illius instantie actor condemnatur, juxta l. propeventum. 13. §. si ve autem. 6. C. de judic. Idem est, si ante tempus agatur, aut si quoq. sub disjunctione debetur, petenti simpliciter. Nam & hic iudex reus ab observatione iudicii abolvitur cum expensis salva facultate actori conveniendi reum, cum dies venerit, vel petendi disjunctim, quod simpliciter petitum fuerat. Rebuff. ad consil. Reg. proem. tom. 1.*



n. 53. Imbert. lib. 2. Inst. forens. c. 151. Papon. lib. 8. tit. 1. arres. 2. & 3. Ant. Fab. C. suo. de plus per. de fin. univ. Tuld. & Perez. C. eod. Christin. vol. 1. decis. 266. & vol. 2. decis. 117. ubi plures alleg. add. Cov. lib. 1. var. res. cap. 2. n. 5. Menoch. de arb. jud. lib. 2. cont. 2. cap. 177. ubi late tractat, que sit iusta ligandi causa, ut in lite succumbens exculetur ab expensis.

## TEXTUS.

## De minoris summæ petitione.

34. Si minus intentione sua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat, veluti si cum ei decem auri deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit; aut si cum totus fundi jus esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit: in reliquum enim nihilominus iudex adversarium eodem iudicio ei condemnat ex constitutione divæ memoriæ Zenonis.

## COMMENTARIUS.

Minus non quatuor modis, ut plus, sed uno tantum nempe re petitur, ut exempla hic proposita declarant. Ac de loco quidem & causa manifestum est: de tempore vero dabitari potest. Nam si tempore & plus peti & minus solvi potest, ut superius diximus; videtur etiam & minus peti & plus solvi eodem modo posse. Sanè si plus peti, qui ante tempus petit, plus etiam solvit, qui ante tempus solvit. Quin etiam dialectica ratione disputari potest, fin minus solvit, qui post tempus solvit, minus etiam petere, qui post tempus petit. Sed hæc locutio neque in communem sermonis consuetudinem, neque in usum fori & iudiciorum cadit: quoniam neque quicquam nisi post tempus exactum debetur: & id ipsum non nunquam longo post intervallo petitur.

Sine periculo agit? Qui minus petit, quam sibi debetur, est non tantum petit, quantum debetur, petit tamen quod sibi veri debetur: & quia minus petendo nulla fit rei iniuria, idem nulla quoque huius petitionis poena est: licetque adori comperto errore suo actionem postea mutare, & totum quod debetur, petere. Nam & alias cuiuslibet libertum est ab initio actionem dividere, partemque petere, salvo iure reliquum postea petendi.

Eodem iudicio? Quomodo hoc accipiendum sit, videbimus §. seq.

Ex constitutione Zenonis? Epitome constitutionis Zenonianæ, qua Justinianus ait, potestatem iudici permitti in casu proposito, etiam in reliquum quod plus apparebit deberi, reum eodem iudicio petenti condemnare, probata est à Cujacio lib. 12. obs. 21. que novis in editionibus est, l. 1. C. de plus per. Constitutionem ipsam non habemus.

## TEXTUS.

## Si aliud pro alio petatur.

35. Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet, sed in eodem iudicio cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittitur: veluti si is, qui hominem Stichum petere debet, Erotem petierit: aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit quod ex stipulatu debetur.

## NOTE.

35. In eodem iudicio? His verbis non tam denotatur iudicii unitas, quam negotii apud eundem iudicem sine nova interpellatione (quod olim necessarium erat) continuatio: propriè enim iudicium ibi esse dici nequit, ubi nova exigitur actionis editio & litis contestatio. Bachov.

## COMMENTARIUS.

- 1 Quid sit emendare actionem, quid mutare?
- 2 Quomodo emendare vel mutare actionem liceat?
- 3 Praxis horum temporum.

Si quis aliud pro alio petat? Qui aliud pro alio petit, puta pro Sticho Erotem, constat, cum non petere quod debetur, & tamen placet nec hæc petitionem ei nocere, & quominus cognita veritate errorem suum, & quidem eodem item iudicio corrigere possit. Idemque placet, si quis ex alia causa petat, quam ex qua debetur: puta ex testamento, cum debeat ex stipulatu: quo casu, cum idem petatur ex alia tantum causa, nequaquam dici potest, quod Theoph. scribit, etiam hic aliud pro alio peti: & magis est, ut dicamus, Justinianum plus sensitse, quam scripsisse. Illud semper tenendum est, sumptus litis, quos ob vitium petitionis reus facere coactus fuit, actorem ei reddere oportere.

Errorem suum corrigere? Potest igitur actio formalis edita postea corrigi aut mutari. Idque etiam iure veteri obtinuit. Extat de ea re constitutio Severi & Antonini in hæc verba, *Edita actio scilicet futura litis demonstrat, quam emendari aut mutari licet, prout adici perpetui monet auctoritas, vel jus rediens, decernit æquitas, l. 3. C. de edend. Emendatur actio, cum mendum vel error tollitur, aut defectus suppletur, salva manente principali substantia conclusionis. Mutatur, cum repudiata veteri instituitur nova, veluti si adori aliud pro alio, aut idem ex alia causa petere iustitiat. Perez. C. de edend. n. 7. Sed ad hæc tunc rescripto due conditiones, dum ita fiat, ut edicti perpetui monet auctoritas, & ita, ut jus dicentis decernit æquitas. Edicti perpetui monito iure, ut edatur actio, quacumque quis experiri velit: proinde si quis nova experiat, etiam hæc*

## TEXTUS.

## Divisio sexta. De peculio.

36. Sunt præterea quedam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur, sed modo solidum persequimur, modo minus. Ut ecce, si in peculium filii servive agamus. Nam si non minus in peculio sit, quam persequimur, in solidum dominus, paterve condemnatur; si vero minus inveniatur, eatenus condemnatur iudex, quatenus in peculio sit. Quomodo autem peculium intelligi debeat, suo ordine proponemus.

## COMMENTARIUS.

Redit hic Imperator ad institutum, quod intercurrit, §. *curare*. 31. *sup.* proponitur ad extremum ad huc unam divisionem, que ad effectum actionis pertinet, declarat, quantum ex unaquaque actione sperare liceat. Divisio hæc est, quod quedam sunt actiones, quibus solidum quod nobis debetur, consequimur; quedam, quibus modo solidum, modo minus. Quominus semper solidum consequamur, aut peculium facit, cuius ad modum actio constituta est; quod explicatur *hoc §.* aut beneficium tunc tributum, ut in id tantum teneatur, quod facere potest; cuius generis actiones quædam profertur, §. *seq.* & *ut.* aut mutua creditoris obligatio; de quo §. *seq.* *verf. propter retentionem.* & §. *pen. eod.*

Si in peculium filii servive? De peculio actio proposita est ex contractu filiorum familias & servorum adversus patrem & dominum, §. *actiones*. 10. *supra eod.* Hac actione non semper solidum consequimur; quia adjectio illa de peculio significat, constitutum illam esse, quatenus est in peculio, ut siquidem non minus sit, quam persequimur, in solidum dominus & pater condemnatur: si vero minus inveniatur, quatenus in peculio sit, *id est*, §. *actiones*. 10. & §. *præterea*. 4. *ist. seq.* Quod in peculio servi filive habendum, item de quo peculio actio adversus patrem constituta ex contractu filii, alibi expositum est.

## TEXTUS.

## De repetitione dotis.

37. Item si de dote in iudicio mulier agat, placet, eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, id est, quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur; si minus, in tantum, quantum facere potest. Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur. Nam ob



impensas in res dotales factas, marito quasi retentio concessa est; quia ipso jure necessarii sumptus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet.

NOTA.

37. Quatenus facultates ] Facere posse civili ratione hic dicitur, qui de suo praeitare potest honeste, deducto scilicet eo, quod illi satis fit ad victum quotidianum & alimenta, l. 29. in fin. l. 30. de re jud. l. 6. de cess. bon. l. 173. de reg. jur. & in eo tempus rei jud. spectatur, l. 5. sol. matr. Ob impensas ] Olim non modo necessarias, sed etiam utiles, l. 1. cum seqq. de impens. in res dot. Hodie retentio permittitur ob necessarias impensas dumtaxat, l. un. §. 5. C. de rei ux. act. Qualis haec fuerit retentio, tum quae sint istae impense, cognosco ex l. 5. de imp. in res dot. l. 56. §. ult. de jur. dot.

COMMENTARIUS.

- 1 Beneficium competentia quibus quas ob factas datur?
- 2 Quibus personis prator maritum in causa dotis idem beneficium tribuitur?
- 3 Rei dotalis retentio quibus ex causis marito olim concessa? Et quid hic novum in Justiniano?
- 4 Et quibus causis reo datur retentio extra causam dotis?

¶ Sunt quaedam personae, quibus humanitatis causa tribuitur est, ut ne conveniantur in solidum, sed in tantum, quod facere possint: quod beneficium vulgo vocant privilegium & exceptionem competentiae. Tribuitur hoc beneficium partim ob causam, ex qua agitur, partim ob personam rei, cum qua agitur. Ob causam soli donatori ex causa donationis convenio, §. seq. in fin. Ob personam rei variae ob necessitudinem & conjunctionem personarum, unde parenti, liberis, fratribus, marito, uxori, sociis, &c. Ob solam reverentiam reo debitam, unde patrono: ob meritum in temp. unde militi, qui sub armata militia stipendia meret, l. 6. l. item militem, 18. de re jud. Denique ob solam commiserationem: unde ei, qui bonis suis cessit, tribuitur, §. ult. inf. eod. Et interdum filio emancipato, l. 2. quod cum eo qui in al. pot. l. et exheredatam, 49. de re jud.

¶ Si de dote mulier agat ] Eleganter Theod. Hermopol. ad l. 73. de R. J. Αὐτοῦτος ἵ ἕως ἀναρροῦτος δὲ τὸν ἄνδρα ἕως ἐπιπέδου τὸν ἄνδρα, πρὸς τὸν δὲ ἡμεῖς ἀναρροῦτος ἵ ἕως ἀναρροῦτος. Πρὸς τὸν δὲ ἡμεῖς ἀναρροῦτος ἵ ἕως ἀναρροῦτος. Non autem dare sponsanti maritum rebus omnibus. Non autem marito tantum adversus uxorem, sed etiam uxori adversus maritum hic honores habetur, ut non ultra facultates damnetur. Idem tribuitur & patri mariti seu uxoris foetore de dote convento, §. patronus, 17. l. non tantum, 20. cum l. seq. de jud. l. rei judicata, 15. in fin. et l. seqq.

lat. matrim. Ex diverso Idem quoque honos habetur patri uxoris si ex promissione dotis à genitore conveniatur, l. ex diverso, 17. solut. matr. nisi jam dissolutum sit matrimonium, l. fecit, 21. l. seq. de re jud. Quod autem ait, si de dote mulier agat, exempli tantum causa dicitur. Nam non solum maritus, cum ex causa dotis ab uxore convenitur, hoc beneficium habet; sed etiam cum ex aliis contractibus, d. l. non tantum, 20. de re jud. nisi solum matrimonio contraxerit cum ea, quae olim uxor fuit, l. divorcio, 35. de neg. gest. Atque hoc jure etiamnum utimur, Zypae. not. jur. Belg. de jur. dos. in fin.

Propter retentioem ] Dismissus, mutuum creditore, ejusdemque actoris obligationem etiam nonnunquam efficere, ne reus in solidum condemnetur. Id consequitur non tantum per compensationem proprie dictam, cum quantitates utrinque debite compensantur; de quo §. pen. inf. sed interdum etiam per retentionem, cum fundus aut alia species ab eo petitur, & vicissim actus ei pecuniam debet. In causa dotis tribuitur] Olim marito variis de causis rei dotalis retentio, ob res uxori ab ipso donatas, & ob res ab uxore amotas; propter liberos; ob impensas in rem dotalem factas, non modo necessarias, sed etiam utiles. Justinianus autem, sublata ex omni alia causa retentione, solam reliquit eam, cujus hic fit mentio, nempe quae fit ob impensas necessarias, l. 1. §. tacet, 5. C. de rei ux. act. Qualis haec fuerit retentio, & quae sint istae impense cognosce ex, l. 5. de imp. in rem dot. l. si is qui, 56. §. ult. de jur. dot. Extra causam dotis retentio reo tribuitur ex his & similibus causis: si rem, quae petitur, alii pignori obligatam, pecunia sua liberaverit, l. 1. quib. mod. pign. solv. si pignus in aliquam summam nominatim acceptum pro alia summa, quata eidem postea sine pignore creditur, retineat, l. un. C. etiam ob chir. pec. pign. temp. Item si in rem alienam, quae petitur, sumptus fecerit, secundum distinctionem alibi traditam; vid. l. in fundo, 38. l. sumptus, 48. de rei vind. l. si in area, 33. de cond. ind. §. ex diverso, 30. cum aliquot seqq. sup. de irr. div. Materiam retentionis distincte tractat Joan. Fab. in d. l. un. C. etiam ob chir. pec. & Collat. in l. in rebus, 18. §. possunt, 2. comm. add. Papon. lib. 6. art. 4. arr. 21. Rebuff. ad l. non possit, 117. de verb. sign.

TEXTUS.

De actione adversus parentem, patronum, socium, & donatorem.

38. Sed & si quis cum parente suo, patronove agat; item si socius cum socio iudicio societatis agat; non plus actione consequitur, quam adversarius ejus facere potest. Idem est, si quis ex donatione sua conveniatur.

TEXTUS.

De compensationibus.

NOTA.

38. Socius cum socio ] d. l. 16. Quia socii inter se quodammodo fratres sunt, l. 63. pro soc. et in hoc quoque adhaerent. Theod. Hermopol. ad l. 173. de reg. jur.

COMMENTARIUS.

¶ Cum parente suo patronove ] l. sunt quidam, 16. et l. seq. de re jud. Parenti hoc tributum cum propter conjunctionem, tum propter reverentiam, quam parenti liberi debent: ac proinde & mariti itidem concedendum. Quiror. 2. praes. quae 18. num. 2. Patrono datur ob solam reverentiam, quam ei debet liberis, l. 9. de obs. par. et per. Addunt & hanc rationem DD. quod filius & liberus parentem & patronum inopem alere teneatur. Unde ex contrario quoque ita tenent, nec liberos à parente, ultra quam facere queunt conveniri posse. Sed & liberis & parentibus patroni idem beneficium datum est l. patronus, 17. de re jud. VINN. Rationem, cur patrono idem beneficium tribuatur, quod parenti, jam supra vidimus, quia scilicet liberto loco parentis erat. Vid. supra tit. de success. libert. & ad. Laetan. Inst. Div. 10. 3. HEIN.

Item si socius cum socio iudicio societatis ] Igitur socio omnium bonorum semper & omnimodo hoc beneficium competit, uti parenti, patrono, conjugi d. l. sunt quidam, 16. Nam omnium bonorum socio, cum convenitur iudicio societatis, l. verum, 73. in pr. pro soc. Quo loco etiam indicatur ratio ob quam placet socium hoc privilegio frui, nimirum quia socii inter se quodammodo fratres sunt. Quod si locis ob imaginem fraternitatis hoc privilegium indulgunt, multo magis veris fratribus idem concedendum, cum etiam fratri inopi alimenta debeat. Theaur. de off. 119. Christin. vol. 3. de. 142. p. 2. D. Tull. comm. h. t. e. 19. Planè non alias socius hoc beneficio juvatur, quam si constiterit, se socium esse. Negantem se locum, placet, in solidum condemnari, l. si unus, 67. in fin. pro soc. l. sed lib. 22. §. 1. de re jud. Nollris & Gallorum moribus nulla fraternitatis inter socios habetur ratio, sed sola spectatur rerum communio, conveniunt in solidum condemnantur, Gothofr. in l. 17. de re jud. Groenew. de ll. abrog. hic.

Ex bonaria ] Is quoque, qui ex liberalitate sua convenitur, in id tantum, quod facere potest, condemnatur, l. Divus, 18. de reg. jur. & quidem is solus deducto aere alieno, l. inter eos 19. §. 1. de re jud. Pinguis enim donatori succurrere debemus, quam qui verum debitum tollere compellitur, ne liberalitate sua inops fieri periclitetur, l. et exheredatam, 49. cum l. seq. eod. Et ita utimur, consule. JC. Bar. pag. 1. conf. 269. quamvis in Gallia nec hoc observetur. Bogn. de ll. abrog. lib. 1. Satyr. 12.

COMMENTARIUS.

¶ Etiam per compensationem reus consequitur, & mariti itidem concedendum. Compensatio tunc proprie est, cum res, quae numero, pondere, mensura constant, utrinque debeatur: ut ostendimus ad §. in bona, 30. sup. eod. Compensationes opposita ] Est compensatio ipso jure actionem minuit, tamen in iudicio opponenda & alleganda est, ut iudex sciat, esse, quod vicissim debeatur, ejusque in condemnatione rationem habeat. Haec verò allegatio proprie exceptio non est, sed nulla defensio, quam DD. vulgo exceptionem intentionis & facti nominant, qualis est, si quis se solvisse aut sibi accepto latam dicat: quod latius explicat ad d. §. in bona, 30.

¶ Item quae ] Haec particula forte obiecta est, propter causam depositi, vesticigalium, tributum, &c. in quibus compensationi non est locus, l. 3. et l. ult. C. de compens. Fortalcis etiam, quia liquidum tantum cum liquido compensatio admittitur: quod autem ex causa non liquida compensandi gratia obijciunt, alii iudicio reservandum, nisi initio litis per modum exceptionis obijciatur, d. §. in bona, 30. l. ult. C. de compens.

¶ Ex eadem causa ] Haec verba Theophilus non agnoscit. Et sane etiam quod ex diversa causa debeatur, compensari posse constat, passim tit. ff. et C. de compens. Paul. 2. sent. 2.

TEXTUS.

De eo qui bonis credit.

40. Cum eo quoque, qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid adquisierit, quod idoneum emolumentum habeat, & ex integro in id, quod facere potest, creditores experiuntur. Inhumatum enim erat, spoliatum fortunis suis in solidum damnari.

NOTA.

40. Qui bonis cessit ] Ex Ulpiano, l. 4. de cess. bon. Idoneum emolumentum ] Non modicum, sed quod alicujus momentum sit, quo praetor moveri possit, l. 6. l. 7. eod. Ex integro ] Id est, ἀκατάληκτον, de integro, rursus, denovo, non ἐκ ἀκατάληκτον, in solidum



## COMMENTARIUS.

- 1 Quid sit facere posse, & quid hoc reo retribuatur  
 2 Quibus rebus de auctori adfirmetur?  
 3 Quale sit hoc beneficium, persona, an rei cohaerens?

**H**ic iterum proponitur species, ubi beneficium reo datum facit, ut actor solidum non semper consequatur. Omnis debitor, qui non habet exceptionem competentem, solidum quod debet, solvere compellitur: si nequit, in carcerem ire volente creditore cogitur, nisi bonis cedere malit, l. 1. C. qui bon. ced. nam bonorum cessioe poenam carceris evitare potest, utique si sua non malo amore amittit, prodegit, aut fraudulenter alienavit, l. si quis dolo. §. 1. de re jud. l. verum. §. 3. hoc quoque. 7. pro soc. add. Gomez. 2. resp. 11. num. et ad l. Tur. 79. num. 2. Ben. Stracch. de merc. trad. de decisorib. part. 3. num. 9. Ceterum non ubi carcerem, ita & obligatione debitor bonis cedens liberatur, ac proinde si potest facultates aliquas, quae modo alicujus momenti sint, iterum acquirere, denovo efficaciter conveniri potest: sed jam ita, ut non in solidum, quod amplius debet, sed solum in quantum facere potest, damnetur, l. 4. l. 6. & 7. de cess. bon. Beneficium ei tributum esse sola commiseratione, ut in extremo hujus §. indicat Justinianus. De materia cessiois lae disputare non est hujus loci: videndi DD. ad tit. ff. C. eo pertinentes, Schneid. hic. Damboud. prax. civ. cap. 70. Pet. Greg. 22. §. 8. & aliquot seq. Afflic. decis. 348. & seq. Thelaur. decis. 36. & 182. Christin. vol. 4. decis. 123. ubi plurimos citat, qui ex professo hanc materiam tractant. Ceterum antequam hinc abeamus, quaerendum est, quale sit hoc beneficium, quod competentia vocant, & cujus toties jam facta mentio. Id autem planum fiet, si cognoverimus quid sit facere posse, quibus rebus & unde deductis id aestimandum, siue beneficium personae, an causae. Facere posse civili ratione hic dicitur, qui de suo praestare potest honeste, deducto videlicet prius eo, quod illi satis sit ad victum quotidianum & alimenta, l. inter eos. 19. in fin. l. cum ex causa. 30. de re jud. l. 6. de cess. bon. l. in condemnatione. 173. de reg. jur. & in eo tempus rei iudicatae spectatur, l. 15. solut. matrim. Non modo igitur quibus hoc beneficium competit, si solvendo non sunt, in carcerem detradi non possunt, aut cogi, ut bonis cedant, & led ne totum quidem, quod habent: nisi extorquerentur, ne aut turpiter mendicare, aut malis artibus victum quaerere cogantur. Sed & in definiendo victu & alimentis ratio dignitatis vel conditionis personarum habenda: cum lautior, sibi nobiliter veluti, quam rusticum oportet, & alius illi, quam hinc cultus corporis conveniat. De quo Tiraq. de nobilitate, cap. 20. num. 143. & seq. Colet. de process. p. 2. cap. 3. num. 115. & seqq. Utrumque contra est, cum

hoc beneficium cessat, quippe omnium actioem sine hoc beneficio haec conditio est, ut quamvis reus solvendo non sit, solidum tamen praestare compellatur, aut de suo, aut si id non potest, aliunde, unde solvat, sumere, aut postulantem creditore in carcerem ire, nisi paratis sit bonis cedere, l. 1. C. qui bon. ced. Atque ut creditor pareat carceri, omne tamen quod habet, condemnato auferre potest, ut nihil ei, ne ad victum quidem relinquatur: de quo vide Christin. vol. 4. decis. 113. n. 15. & ibi allegat. Hoc quod ita quemque facere posse dicimus, aliter in donatore aestimatur, aliter in ceteris, etiam non deducto ere alieno; in ceteris, etiam non deducto: pinguius enim donatori succurri placuit, quam veris debitoribus, l. sunt qui. 16. l. inter eos. 19. in pr. & §. 1. l. & exheredatum. 49. de re jud. l. 12. de donat. Inter eos, quibus esse simili causa debetur, occupantis conditio melior: nec deductur, quod ejusdem conditionis hominis debetur, d. l. inter eos. 19. ubi vid. Don. Denique si actor eadem paupertate, qua reus, premar, non juvabitur reus hoc privilegio: quoniam in pari momento miserationem preponderat rigor juris, magisque debitorum, quam creditorum, agere convenit. Zalt. ad l. 12. & seqq. solut. matrim. num. 200. Colet. part. 2. cap. 3. num. 121. D. Tuld. comm. in hunc tit. cap. 19. Beneficium hoc personale est: non causae, sed personae coherens: & ideo nec in haeredem transit, praeterquam quod in actione dotis datur filii mulieris, qui patri haeredes extiterunt, l. 12. & seqq. l. 18. solut. matrim. l. 14. & seqq. de rejud. add. Pet. Fabr. ad l. Divus. 28. de reg. jur. Gomez. in leg. Tur. 50. & irris. seqq. num. 49. Neque fidejussori tribuitur, quamvis ita fiat, ut nec debitor hoc beneficium proficiat: quippe cum fidejussor totum quod praestitit in re principali repere possit, l. & si fidejussor. 24. de re judic. Neque hoc iniquum aut absurdum est: quoniam relatio, quae est inter creditorem & debitorem principalem, & propter quam beneficium tribuitur, non est inter creditorem & fidejussorem, nec rursus inter hunc & debitorem principalem. Quid quod debitor dando fidejussorem tacite exceptioni competentiae renunciare videtur? utique enim hoc agimus fidejussorem accipientes, ut in omnem eventum nobis cautum sit, §. ult. inf. de replicat. Licet autem jura novo reo principalis prius conveniri & excuri debeat, quam ad fidejussorem perveniri; tamen quod creditor a reo consequi non potuit, recte exigit a fidejussore: quoniam eodem jure non electione & litis contestatione, sed demum solutione obligationis perimitur, l. ult. C. de fidejussor. Don. ad d. l. 34. de re judic. Bachov. hic ius. Hering. de fidejussor. cap. 27. part. 4. num. 80. & seqq. Alia causa est defensoris, cujus in omnibus rebus eadem causa esse debet, quae domini foret, si cum ipso ageretur, l. nisi causa. 14. solut. matrim. l. verum. §. 3. 1. pro soc. l. minor. §. 1. §. 1. de proc.

TITULUS

## TITULUS SEPTIMUS.

## QUOD CUM EO, QUI IN ALIENA POTESTATE EST, NEGOTIUM GESTUM ESSE DICITUR.

Dig. Lib. 24. Tit. 5. C. Lib. 4. Tit. 16.

Continuatio, &amp; summa tituli.

**J**ure civili nemo ex contractu alterius obligatur, ne si quidem, qui contrahentem in potestate habet, §. actiones 10. vii. praec. Nam et si jus potestatis facit, ut servus dominus, filius patri obligationem & actionem accquirant; non efficit tamen ex contrario: ut pater & dominus ex contractu filii aut servi obligentur, atque alteri actio adversus eos acquiratur. Ceterum hunc juris rigorem quibusdam in casibus pretor ex aequitate relaxavit, introducens certis actionibus, vel potius actionum qualitatibus, quibus dominus & pater ex contractibus filii aut servi conveniri possunt. Hujus generis lex hoc tit. proponuntur, quod iustus, exercitoria, insistoria, tributoria, de peculio, de in rem vero. Sub finem adicitur calus, quo ex contractu filii pater non obligatur, cum ex eadem causa ex contractu filii obligetur dominus.

## TEXTUS.

## Scopus &amp; nexus.

Quia tamen superius mentionem habuimus de actione, qua in peculium filiorum servorum agitur, opus est, ut de hac actione & de ceteris, quae eorundem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius adnotemus. Et quia sive cum servis negotium gestum sit, sive cum iis, qui in potestate parentum sunt, eadem fere jura servantur, ne verba fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi dominique, idem intellecturi de liberis quoque & parentibus, quorum in potestate sunt. Nam si quid in his proprie servetur, separatim ostendemus.

## COMMENTARIUS.

**S**uperius mentionem habuimus ] §. actiones. 10. praec. tit. ubi obiter egit de actione de peculio, quam nunc plenius, ut & ceteras, quae ex conventionibus filiorum & servorum adversus patrem & dominum dantur, hoc tit. explicat. Eire eadem jura servantur ] Merito adiecit particulam fere. Nam primum servi ipsi ex contractibus civiliter non obligantur, §. item in iustis. 6. sup. de iust. sup. l. 14. de obl. & act. filii autem familias obligantur, & cum iis agi tanquam cum patribusfam. potest, l. si filiusfam. 39. d. iii. Deinde servus mutuum pecuniam accipiens obli-

gatus in iustis.

gatus dominus de peculio: filius ex ea causa patrem de peculio non obligat, propter Senatusconsultum Macedonianum, §. per. inf. d. Præterea si servus fidejussisset, rem peculialem non agens, si liberum fementitus judicium accepisset, compromiserit, jurjurandum detulerit, ex his causis actio de peculio in dominum non datur. Diversum est in filiofamilias, l. 2. §. filiusfam. §. & seqq. l. 5. §. 2. de pecul. Postremo quia servi peculium simplex est & unius generis, totum in domini, a quo profectum est, potest, dominus ex contractu filii sine distinctione tenetur: pater autem non de omni peculio tenetur, sed de eo tantum, quod ipse totum in potestate habet, cuiusmodi hodie solum est profectitium; de quo plura scripsimus ad d. §. actiones. 10. sup. tit. In ceteris omnibus eadem omnino jura ex negotio gesto cum servis & filiusfam. servantur; De servis autem quae tractantur, satis constat, usum hodie non habere.

## TEXTUS.

## De servis quod iustus.

1. Si igitur iustus domini cum servo negotium gestum erit, in solidum praetor adversus dominum actionem pollicetur: scilicet quia is, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur.

## COMMENTARIUS.

**S**i iustus domini cum servo negotium gestum est, merito adversus dominum actio quod iustus daretur, atque adeo in solidum: nam quodammodo cum eo ipso contrahitur, qui jubet. Ulp. l. ite. princ. quod iust. Ait Jurisconsultus quadammodo verè enim non cum domino, qui iustus, sed cum servo contrahitur: sed siquid cessaret actio quod iustus, ut accidit, cum dominus servi tantum ministerio utitur, ipse autem servus tantum ministerio utitur, ipse autem contrahit; veluti si mutuum pecuniam acciperetur cum servo numerari jubeat: quo casu quod iustus non competere, sed domino condici, scriptum est in l. ult. quod iustus. fac. l. qui autem. 14. cum l. seq. de pec. cons. Sic ubi pater in contrahendo nihil modo ministerio utitur, ipse solus, non filius obligatur, l. 4. C. hoc tit. d. l. ult. quod iust. At si filius iustus patris contraxerit, utque tenetur, pater postquam iustus directo, l. per. eod. l. 3. §. sed iustum. 4. de minorib. Iustus autem domini hic accipere debemus, sive

B b b b b