



Reliquum est, ut jam examinemus questionem propositam pactione alteram, neque quid hic faciendum de pactione gratuita. Nam cum Gajus citatis locis l. 6. ff. de transact. et l. 1. §. 1. ff. test. quomod. appt. nominatum & tandem loquatur de transactione, questum est, an non saltem donationis causa liceat de controversiis ex testamento dependentibus non inspectis tabulis pacifici, licetque gratis remittere? Accursius, cujus sententiam secuti sunt Bartolus, Bald. & Angel. in d. l. 6. putat non magis licere verbis testamenti non inspectis de hujusmodi controversiis gratis pacifici, quam accepto aliquo transigere. Contra verò Albericus de Rosate, Guilielmus de Cumo, Casti, & Jasi. pacifici de his gratis licere, quamvis transigere non liceat; quorum sententia & nos ultro suscribimus. Accursius eumque secuti argumentum ducunt à paritate rationis, & pro vero falsum supponunt, eandem sc. hic esse transactionem & pacti gratuiti rationem. Magna enim & evidens hic inter pactum & transactionem differentia est: quippe qui transigit, decepti potest, accepto ferè minimo pro bona summa, cum utique habere velit, quod sibi testamento relictum est: at is qui ultro totum remittit, non decipitur, cum nihil habere cupiat, & potest unumquique jus sibi secretum repudiare.

Pro contraria sententiæ firmamento adducit Bartolus l. 3. l. 9. §. ult. ff. de transact. l. tres fratres. 35. ff. de pact. quibus locis pactum & transactio equiparantur, & pari passu ambulant. Sed que hæc argumentatio est. In casibus d. locis propositis, eadem pacti & transactionis est ratio, ergo & in casu proposito. Docent nos Legici non continè quod in uno & altero conveniunt, convenire in omnibus, aut in eo, ubi dispar ratio. Neque nos dicimus pactiōnem gratuitam valere omni casu, quo transactio non valet; sed utilem esse in questione proposita, licet transactio sit inutilis. Quid quod omnibus istis locis apertè agitur de pacto decedendi causa interposito, quod nihil aliud est, quam transactio.

Afferit postremò pro eadem sententiâ, quod apud Paulum lib. 1. sent. tit. 1. legitur, de his rebus pacifici non possunt, de quibus transigere licet. Respondendo, ex eo nequaquam sequitur, de quibus rebus transigere non licet, nec licere pacifici: pactio enim aliquando valida, ubi transactio non tenet: verbi gratia, de re iudicata, aut jurejurando decisa, aliave certa & liquida transactio interposita inutilis est;

pactio donationis causa non item. Quamobrem cum textus illi supra tepo citati, l. 6. ff. test. de transact. l. 1. §. 1. ff. test. quomod. appt. transactionem duntaxat in proposito prohibeant, eaque prohibitio aliquid singulare & transactionis proprium contineat, noim eos ad pacta gratuita temerè extendere.

## CAPUT IX.

An vulgaris distinctio procuratoris universorum bonorum in simplicem & cum libera ex ratione juris nostri defendi possit?

Uteri soletis mandati generalis hæc vis sit ut, procurator, cui universorum bonorum administratio permittitur, possit rem quamcunque ad administrationem suam pertinentem pro arbitrio suo alienare, in aliumve transferre? Doctores nostri duo genera hujusmodi procuratorum faciunt; unum eorum, quibus simpliciter rerum omnium administratio à domino commissa est; alterum, quibus commissa est libera, nominatim scilicet hoc adjecto: & contendunt procuratorem cum libera (sic loquuntur) etiam jus alienandi habere, modo ne id fiat animo donandi: eum autem, cui simpliciter administratio, quamvis omnium bonorum, mandata est, nihil alienare posse, præter fructus aut res alias, quæ corruptiois obnoxie. Verùm mihi hæc distinctio suspecta semper visa est. Etenim cum ex mandato volumus sit, quid cuique in re aliena liceat, patem esse debere utriusque procuratoris potestatem omnino dicendum videtur, & quod uni sit licet, aut non licet, id alteri quoque in re dominica licere aut non licere. Quid enim interest, simpliciter alicui bonorum universorum administratio mandata sit, an mandata adjecto verbo libera? Non magis hæc differunt, quam hæc res simpliciter institutus, & institutus adjecto ex officio. Administratio quantumvis simpliciter tradita, nihilominus libera tradita intelligitur; quippe quam liber exercere liceat in rebus omnibus, nec minus libere, quam si simpliciter de singulis mandatumque esset, excepto si quid generali cujusmodicumque mandato non continetur: qualia sunt, donatio l. 7. ff. de donat. manumisso, l. 13. ff. de manumisso. rei dominice pro alio obligatio, l. 1. §. 1. ff. quæ res pign. obli.

liberatio pignoris aut hypothecæ, l. 7. §. 1. ff. quib. mod. pign. sol. item, quævis alia juris dominici remissio, l. mandato. 60. ff. de procur. l. præses. 11. C. de transact. alienatio quoque rerum domini, quam non exigit ratio administrationis, l. procurator totum 63. ff. de procur. juncti. l. 12. & ult. ff. decur. fuis. l. procurator. 16. C. de procur. l. 1. §. 1. ff. de off. proc. Casi. Hinc est, quod ei cui, licet simpliciter, rerum omnium gerendarum provincia mandata est, rem domini in judicium deducit, l. 12. ff. de pact. quod iis tantum licet, qui domini loco habentur, l. tutor. 22. & 27. ff. de administ. tut. potest exigere & accipere, l. 1. ff. de pacti. l. qui hominem. 34. §. 3. ff. de solut. creditoribus solvere, l. quilibet 87. ff. de solut. l. 59. ff. de proc. novare, d. l. 12. ff. de adm. tut. l. novare. 20. §. 1. ff. de novat. transigere, suscipiendum deferre, d. l. præses. C. de transact. d. l. 12. ff. de pacti. l. iusjurandum. 17. §. ult. ff. de iusjur. modo id faciat in causa domini, planè dabiturque incerta & defectu probationum arg. l. tutor. 35. pr. ff. de iur. neque enim hoc sic accipi debet, ut transigere aut suscipiendum deferre possit, etiam si paratas habeat probationes, quibus id quod intendit haud difficulter queat offendere, l. mandato 60. ff. de proc. d. l. præses. C. de transact. Potest & rem domini pignori dare, utique si mandatum acceptit ab eo, qui sub pignori bus solvbat ætatem pecuniam accipere, l. 12. ff. de pign. et. Potest denique & vendere, quæ servando servari non possunt, l. procur. 63. ff. de procur. & quatenus negotiorum exigit administratio, etiam alia quedam ob evidentem utilitatem alienare, arg. d. l. 12. & l. ult. ff. de cur. sur. Jam ego quero, an plus in re domini licere debeat ei cui libera administratio permittitur? Non puto; utur enim liberissima, administratio tamen est, nihil amplius.

At, inquit, procurator, cui generaliter libera administratio rerum commissa est, potest aliud pro alio permutare, l. procurator. 58. ff. de procur. Fateor, inquam: sed hoc verum est & in eo, cui simpliciter bonorum omnium administratio commissa, in utroque autem hoc sic accipiendum, si conditio & ratio administrationis id exigat. Atque eodem modo temperandum & explicandum, quod apud Gajum, l. 9. §. 4. ff. de acq. rer. dom. & apud Justinianum, §. nihil autem. 41. test. de rer. divisi. relatum est, eum cui libera universorum negotiorum administratio permittitur, rem ex negotiis sibi commissis vendendo & tradendo facere accipientis. Planè potest mandatum ita concipi, ut post generalem clausulam quædam etiam specialiter exprimat, quæ aliqui aut non concessa, aut non tam planè concessa intelliguntur. Cujusmodi mandati

Vinni Quæst.

exemplum & formulam habemus apud Sævolum in l. creditor. 60. §. Lucius. 4. ff. mand. Instat peritò hoc modo, si filiusfam. & servus, liberam peculi administrationem habentes, res peculiares distrabere & alienare possunt, sine speciali voluntate patris aut domini: ergo & procurator, cui libera rerum domini administratio concessa est, poterit eas res sine speciali domini mandato similiter alienare. At verum est antedecem l. si convenerit. 18. §. ult. & l. seg. ff. de pign. acti. l. si quis. 41. §. 1. ff. de rei vind. l. contra. 28. §. ult. ff. de pacti. l. 8. §. 5. ff. quib. mod. pign. solu. l. 10. C. quod cum eo, qui in al. pot. ratio autem connexi per se satis videtur manifesta. De connectione mox videbimus. Concedimus utrorum antedecem: sed hoc dicimus, nihil interesse utrum servo aut filio peculi administratio permittitur sit, adjecto an omisso verbo libera: nam & liberam permittam intelligi cum simpliciter permittitur est: nec uno casu plus juris contineri servus aut filiusfam. tribui, quam altero. Hujus rei certissimum argumentum est, quod eadem omnia, quæ superiore locis conceduntur liberam peculi administrationem habentibus, alibi permittuntur etiam iis, quibus simpliciter peculi administratio commissa, l. 13. in fin. pr. ff. de cond. ind. l. pen. §. 3. ff. de diversi. & temp. præses. l. 48. §. 1. ff. de pec. l. ult. ff. de novat. Alterutrum igitur dicendum est, aut procuratores omnium bonorum, sive simpliciter sive cum libera constitutos, similiter posse res domini qualibet alienare & distrabere, ut servi aut filii, qui ex permittu domini aut patris peculi administrationem habent, distrabere & alienare possunt res peculiares: aut fallam esse propositionem in superiore syllogismo connexionem; eo quod plus in hoc casu liceat servis & filiusfam. quam bonorum procuratoribus. Prius ne ipsi quidem interpretes admittunt, nisi in procuratore constituto cum libera: alterum ergo dicimus necesse est, argumentationem à servis & filiiis peculi administrationem habentibus non procedere ad bonorum nostrorum procuratores. Nec ratio diversi juris adeò obocurrit est: idcirco enim servis & filiusfam. peculi libera administratio concessa, rerum quoque peculiarium distrabendarum facultas concessa intelligitur, quia peculium est quasi proprium quoddam patrimonium ipsius servi illiusque familias & substantia & rationibus domini partive separatum atque abstractum l. 5. §. 3. & §. 4. l. peculium. 32. ff. de pecul. quod in procuratore eademque esse manifestum est. Adde quod una eademque servi & domini, una patris & filii persona esse videtur, §. 5. in fin. Inst. de iust. stipul. l. ult. in fin. C. de impru. & al. subst. Planè non magis servi aut

(C)

filiam. quantumvis liberam peculii administrationem habentes in iussu patris aut domini donare possunt, quam rerum nostrarum liberi administratores, l. 1. §. 1. ff. *que res pign. oblig. l. 7. pr. ff. de donat. cum similib.* Hæc eadem & Duaren ad l. 1. §. 3. per procuratorem 20. ff. *de acq. poss. Donellii lib. 4. comm. c. 15. Vaudi lib. 1. var. quæst. 47.* sententia est.

## CAPUT X.

An rectè Interpretes statuunt, restitutionem in integrum esse remedium extraordinarium, & duplex hic intervenire iudicium, & rescindens & rescissorium.

Restitutio in integrum est causæ iure amissæ redintegratio, ulla definitur ab Imp. in l. 2. C. in quib. caus. in integ. rest. nec. non est; autem causæ amissæ, nam ubi causæ amissa non est, restitutio non est opus, l. in causâ 10. pr. ff. *de minor. l. 3. C. de in int. rest. min.*

Aut, redintegratio, quoniam impetrata restitutione in integrum, omnia in pristinum statum redeuntur tam ex parte adversarii, quam ex parte restituti. Omnis enim restitutio est reciproca, l. quod si minor. 24. §. 4. ff. *de minor. l. 1. & l. 2. C. si adu. transact.* Paulus lib. 1. sent. tit. 7. definit rei redintegranda actionem. Ac enim ipsa restitutio in integrum propriæ actio non est, sed res, quæ petitur & postulatur à magistratu.

Dicitur tamen actio figuratè, ut ex contento continens intelligamus, ex restitutione postulationem litigatoris, quæ eam continet: quomodo etiam stipulationes prætoris actionis verbo contineri dicuntur l. actionis. 37. ff. *de oblig. & acti.* Hæc habet or. *in præd. iusticia.* Occurrit autem in hoc argumento geminus interpretum error, tum quod restitutionem in integrum pro iudicio & auxilio habent extraordinarium, tum quod duplex hic interesse iudicium, rescindens & rescissorium, imaginantur. Uterque error natus est ex veteris iuris ignorantia. Prior statim apparebit, atque cognoverimus quid sit iudicium ordinarium, quod extraordinarium. Ordinarium quis sine iudicio est, quod per actiones & interdicta, per Iudices datus; sine prætoris cognitione civiliter exerceatur, ut discere possumus ex l. 1. §. 1. ff. *si ventr. nom. mul. in poss. l. ult. ff. de priu. del. l. 3. ff. ne vis fiat ei, qui poss. l. 178. §. 2. ff. de verb. sign. &c.* Suetonius in Claud. c. 15. *Altum, inquit, interpellatum ab adversariis de*

*propria lite, negantemque cognitionis rem, sed iuris ordinarij esse, agere causam confisum apud se cogit.* Extraordinarium est, quod prætor consuetum iudiciorum morem & ordinem exerceat prætor ipse ex officio cognoscens, non Iudicem dante. Cujus generis sunt, cognitio de honorariis professorum liberalium artium, medicorum, advocatorum, &c. tit. *de extraord. cogn. l. 7. ff. l. 1. C. mandat.* Item de fideicommissis, l. 178. §. 1. *de verb. sign. de transactioe alimentorum, l. 8. §. 18. de transact.* & si quæ sunt causæ similes. Hæc autem causæ cum essent extraordinariæ, & ab ipso prætore dilectarentur, solebat prætor in edicto pro illo usitato & tratatio verbo *Judicium dolo*, aliud uti prætor, videlicet *animadvertam. l. 1. §. 1. ff. de minor. l. 15. §. 1. prætor. 24. ff. de injur.* itaque nec harum causarum ulla certe & ordinariæ erant actiones aut formulæ, l. 24. §. ult. ff. *de minor. Hottom. lib. 7. obs. 4. Duer. in lib. 7. §. 2. de pass. Brisson. lib. 5. & 13. de verb. significat.* Nunc videamus an causas restitutionis in integrum prætor suæ jurisdictioni & cognitioni extra ordinem reservari, an more iudiciorum ordinario atque usitato Iudicem in his actionemque dederit. Non ipsum prætorem hic judicasse, sed iudicium dedisse arguunt verba edictorum omnium, quæ huc pertinent, dempto uno de minoribus, l. item. §. 14. §. 1. *in fin. ff. ex quib. caus. major. ubi prætor lætis restitutionem pollicetur data actione rescissoria.* Hinc jam perspicue apparet, iudicia hæc non esse extraordinaria, sed ordinaria: eoque perspicue errare, qui aut hæc sola, aut quod minus terendum, cætera quoque beneficia prætoris extraordinaria esse remedia existimant, quos vel sola repellunt bonorum possessiones: ut omittam actiones prætorias, Publicanam, Paulianam, Servianam, de constituta pecunia, & iurejurando, de receptis, de dejectis & effusis, & innumeras alias. Exripitur sola restitutio, qua minoribus 25. annis lubrico ætatis læti succurritur, quam prætor hoc iustitiosum reservavit: & ideo in hac causâ non ait se actionem aut iudicem daturum ex more iudiciorum ordinario, & consueto: sed uti quæque res erit, animadverturum. l. 1. §. 1. *de minorib.* Unde Paulus in l. quod si minor. 24. §. ult. *ed. ex hoc edicto, inquit, nulla proprie actio vel coactio profertur, totum enim hoc pendet ex prætoris cognitione.* Cætera vero dantur in modum actionis ordinariæ, ut jam demonstravimus. Planè si quis restitutiones consideret, quatenus in subsidium & ferè non nisi aliis actionibus deficientibus conceduntur, quin hoc sensu remedia extraordinaria rectè dicantur nemo inficias ibit, l. in causâ 16. pr. ff. *de minorib.*

Alter error Interpretum est, quod duplex hic intervenisse iudicium imaginantur, rescindens & rescissorium, duplicem libellum, duplicem litis contestationem & sententiam. Cui errori causam dedit edictum, *ex quibus causis major.* & textus in l. qui proprio 46. §. item queritur, ff. *de procur.* Restituuntur majores variis ex causis, & inter alias, si eorum ex necessaria aut iusta causa absentium res uti capta sit, l. 1. ff. *ex quib. caus. major. §. rursus 1. Inst. de actioib.* Hoc autem casu aut Justinianus permitti domino reverto rescissa uti capione rem petere, cui simile, quod ait Paulus in l. in honorariis 35. ff. *de oblig. & actioe.* cuius absentis res uti capta est, rescissa uti capione actionem dari, quæ scilicet est illa actio in rem prætoriam, quam nostri passim rescissoriam vocant, l. nec non 28. §. ult. ff. *ex quib. caus. maj. l. ult. C. ed. l. nullo 24. C. de rei vind.* nonnullam & rescissoriam l. 3. §. 1. ff. *de eo per quem fact. l. qui proprio 46. §. 2. ff. de proc.* Cæterum hoc illa de quaquam sic intelligenda sunt, quasi duplex iudicio hæc res expeditur, decretumque aliquod antecedit, quod prætor rescindat uti capionem, ac dum demum hæc actionem det, qua petitur res restitui, sed ideo dicitur rescissa uti capione hæc actio dari, quia prætor eam concedendo vi ipsa simul uti capionem rescindit, dum permittit veteri domino sic agere, ut petat rem sibi à possessore restitui, perinde ac si nulla uti capione intervenisset, l. 1. §. 1. l. sed & §. 26. §. si sceria l. nec non. 28. §. pen. ff. *ex quib. caus. maj. l. ult. C. ed. l. nullo 24. C. de rei vind.* ex quibus locis perspicue patet, rescissionem uti capionis in ipsa actione actionis consistere, prætorique dici restituerè, cum actionem rescissoriam petenti concedit, fac. l. 2. §. 1. ff. *de cap. minor.* hoc solum & Ludovicus Gomezius odoratus est in d. §. rursus *ex diverso Inst. de actione:* sed explicare non potuit, aut solite constare communem errorem. Porro nullum decretum hic antecessisse, quod quod nullum est rescindere, ut sed rescissionem & restitutionem in ipsa datione actionis consistere, prætorique dici restituerè actionem rescissoriam dando, argumento est, quod apud Justinianum legitur in §. 3. *Inst. de action.* formula actionis rescissoriæ petentem in eundem possessorem usi non cepisse, quod uti cepit, quæ utique formula non convenit actioni pristinis per rescissionem restitute: neque enim remota iudicio rescindenti uti capione huic formulæ & intentioni locus esse potest. At enim, inquit, Imp. in l. ult. C. quib. *ex caus. major.* sinit actionem rescissoriam, quam utilem ibi vocat dari restitutum in integrum, Perinde hoc ipsum confirmare, quod nos dicimus, nempe in concessione actionis rescissoriæ, ipsam

restitutionem esse postam: atque Interpretes abuti textibus juris, qui rescissa uti capione utilem autem reddi actionem, quippe quod nihil aliud significetur, quam quod cum prætor causâ cognita actionem concedit, perinde habeatur inspecto exitu, ac si uti capio rescissa esset: atque verba respiciere effectum formulæ, quæ possessorem non uti cepisse intendit.

Sed quid respondeamus ad l. qui proprio 45. §. 2. ff. *de procur.* ubi sic Gajus lib. 3. ad edictum provinciale: *Item queritur, si iudicium acciperit defensor, & actor in integrum restitutus sit, an cogendus sit restitutorium iudicium accipere? & magis placet cogendum.* Hæc obiectio videtur esse alicujus momenti: nam ex eo loco rectè colligi videtur, esse aliquod iudicium restitutum esse alicujus momenti, quod præcedat restitutorium sive rescissorium. Sed non est tanti ponderis, ut plerique existimant. Agitur illic de defensore, qui eandem vicem sibi cogitur, quam ipse reus l. minor. 24. §. 1. ff. *de procur.* Punitus itaque casum, quo contra minorem rem aliquam petentem sive actione in rem sive in personam, pro defensore alienæ litis sententia lata est, & minore beneficio ætatis in integrum restitutum, data actione restitutoria. Hic defensor cogendus est etiam iudicium restitutorium sive actionem rescissoriam accipere, quam etiam in se hoc ipso quod alienæ litis defensione habuit, suscepisse intelligitur. Ubi autem hic duplex iudicium, restitutum & restitutorium? Consciere licet, errorem hunc manasse ex ignorantia ordinis iudicarij, qui apud veteres fuit: ubi quidem in omnibus ferè actionibus occurrebant species quedam duplicis iudicii, dum quedam apud prætorem seu magistratum tractabantur, quedam apud Iudices datus: cæterum revera unum tantum erat iudicium, ideoque unus tantum libellus, una litis contestatio, una sententia dedideratur. Nempe apud prætorem non instituebatur iudicium, sed constituebatur à prætore data actione & Iudice, qui de re cognosceret. Unde nec illa quæ apud prætorem sebant in iudicio, sed in iure fieri passim dicuntur. Restringitur autem vulgo necessitas duplicis iudicii rescindens & rescissorij ad edicta, quibus vel propter ætatem, vel propter absentiam in litem intervenit. *Mynsing. 2. obs. 25. Obidius. class. 6. obs. 8.* nec mirum, quod de alienatione iudicii mutandi causâ ex edicto de alienatione iudicii mutandi causâ facta, & quæ datur in debitorem capite minutum, simplicitas & unitas iudicii minus evidens & conspicua est.

## CAPUT IX.

Quale sit beneficium restitutionis in integrum reale, an personale: & an fidejussoribus quoque proficiat?

Quidam putant, restitutionem in integrum esse beneficium reale, moti hinc ferè rationibus. 1. Quia non tantum lætis ipsi, sed etiam heredibus eorum datur, *l. non solum. 6. ff. de in iur. restit. l. 3. §. Pomponius 9. l. minor. 18. §. ult. ff. de minor. 2.* Quia & ad successorem singularem transire potest, videlicet ex factio & voluntate minoris, si minor alicui hoc auxilium cesserit, *l. quod si minor. 24. pr. ff. d. tit. l. alterius. 20. §. 1. in fin. ff. de tut. & rat. dist. nemp. non creditur officium Judicis, sed jussimporandi officium Judicis quod actionis instar habet, l. actio. 37. ff. de obl. & act. vid. Mynsing. 4. obf. 18. & seq.*

Sed magis est, ut hoc beneficium pro personali habendum sit: neque enim rei aut causæ beneficium dici potest, quod variis ex causis personis læsis, lapsis aut circumventis conceditur. Et cum quaeratur beneficium aliquod vel actio in rem sit, non tam ex eo, cui, quam adversus quem datur, estimandum est, *l. actionum. 23. ff. de obl. & act.* Non obstant loci in contrarium adducti. Nam si omnia, quæ heredibus competunt, essent realia, nullæ ferè essent actiones personales, quippe quæ omnes heredibus quoque competunt, tamen si penales sint ex maleficio, excepta una injuriarum, & si qua alia similis inveniatur, §. 1. *l. inf. de perp. & temp. act.* Nec valet hæc argumentatio, cedi potest restitutionis auxilium, ergo esse beneficium reale: nam omnes actiones in personam cedi possunt. Facimus privilegia personalia, seu quæ certis personis tribuantur, non transire in heredem, sed cum personis, quibus tributa sunt, finiri *l. privilegia 196. ff. de reg. ar. restituito in integrum non competit jure privilegii in specie sic dicit, aut tanquam jus aliquod singulare, sed magis tanquam remedium juris communis, & quod instat est actionis ordinariæ, non enim ex mera tribuitur gratia, sed ipsa quoque iustitia & æquitate dicente, quam ob causam etiam favorabile censetur. *Sport. Odd. p. 1. q. 1. art. 1. & q. 50. art. 1. de rest. in int. licet suo sensu, quod datur contra jus civile l. 35. in fin. pr. ff. de obl. & act.* Porro beneficium restitutionis in integrum non esse reale ex eo quoque liquet, quod non prodest consorti, ut ecce, duo fratres conjuncti, unus major*

25 annis, alter minor, de hereditate paterna cum tertio aliquo transierunt: hic minori quidem fragilitate ætatis læso succurreret, & proderit minori restituito, cæterum pro parte duntaxat sua, quatenus scilicet ipsius interest: fratri autem majori non proderit, *l. un. C. si in comm. eod. in int. rest. postul.* Quod si restituito minoris, ut interdum fit, socio quoque proficiat, id propriam rationem habet, veluti si agatur de re natura sua individua, puta servitute communi fundo debita: hic enim non nisi in solidum restitutionis locus esse potest, nec minor commodum restitutionis lentire, nisi consorti quoque suo proficiat, *l. si communem. 10. ff. quemad. servit. amit. aut si fundo, quem minor cum alio communem habebat, vendit & minore in integrum restituito, emptoris interest contractum in totum rescindi propter incommoda communions, l. tutor. 47. §. 1. ff. de minor.* Cæterum in tota hac questione distinguendum videtur inter causas restitutionis: si quidem actio de dolo, de alienatione judicii mutandi causa facta, restitutoria ex edicto de capite minutis merè sunt personales: actio quod metus causa origine sua & ipsa personalis, ut tamen in rem scripta sit: actio relesioria ex capite de majoribus ferè in rem est: restituito minorum impiorum contra eum, cum quo contraxerunt: quanquam interdum & adversus tertium possessorem actio porrigitur, quod speciale est, *l. in causa 13. §. 1. ff. de minor.*

Altera illa quaestio, an beneficium restitutionis fidejussoribus quoque proficiat, in causa minorum præcipue agitur: nam exceptionem doli mali & metus, etiam fidejussoribus competere certi atque explorati juris est, *l. 7. §. 1. ff. de except. Quæritur ergo an hoc beneficium proficiat etiam minorum fidejussoribus. Non prodest responsum est, l. in causa 3. pr. ff. de minor. l. 7. in fin. ff. de except. l. 1. l. 2. C. de fidejuss. min. ex adverbo prodest, l. minor. 51. ff. de procur. l. si pupillus. 89. ff. de acq. her. l. 2. §. 1. ff. de admin. tut. l. 3. §. 4. vers. sed an hoc auxilium ff. de minor.* Hac loca in speciem contraria variè conciliantur, & quidem ferè trifariam.

Plerisque cum Accurtio in *d. l. minor.* placet hæc distinctio: aut creditor, qui cum minore contraxit, non potest aliter indemnificari, nisi saltem adversus fidejussorem ei actio datur, aut potest. Priore casu censent, restitutionem fidejussori non prodest, sed efficaciter posse eum ed agi: quia creditor ob hunc ipsum metum restitutionis & remedii prætorii fidejussorem à minore accipit *d. l. 1. §. 3. pr. de minor. nec tamen an fidejussorem adversus minorem habere regressum i quoquam & contra ipsum fidejussorem, ne mandati actione expediatur, restituito, d. l. 13. l. 7. §.*

*in ff. de except. l. 1. C. de fidejuss. min.* Plane si dolo minoris deceptus fidejussor eum majorem paravit, mandati actio efficax est, quia in delectis minori non succurritur, quæ sententia est *d. l. 1. C. de fidej. minor.* Posteriore casu, ubi solva est creditoris iudicii in alium translatio, etiam subveniri fidejussori, ut in specie *d. l. minor. 51. ff. de procur.* ubi creditor seu actori solva manet contra principale rem actio. Item in casu *l. si pupillus 89. ff. de acq. her.* ubi creditoribus solva est actio contra heredes legitimos, si qui alii sunt præter minorum restitutionis, vel contra cohæredes adeuntes. Et ad hunc posteriorem casum quoque pertinere *l. 2. §. 1. ff. de admin. tut. item l. 3. §. 4. vers. sed an hoc ff. de minor.* Diversi juris hanc esse rationem, quia sicut æquum est creditorem in damno non morari; ita eandem æquitatem loquere, ut fidejussori succurratur, si creditor aliter consultum sit.

Alii pro regula ponunt fidejussores minorum beneficium restitutionis non jvari, quasi sua conventionione hoc auxilium repudiasse videantur per *d. l. 13. pr. ff. de minor. fac. l. 3. §. 4. vers. sed an hoc eod.* ubi dicitur interdum & fidejussori hoc auxilium prodesse: unde rectè colligas, regulam esse in contrarium. Excipiunt autem casum, quando fidejussori intercedit pro minore certe personæ qualitate induente, quam deinde exuat beneficio ætatis, veluti si fidejussor pro minore tanquam defensore aliene litis, & promittente judicatum solvi, ut in specie *d. l. minor. 51. ff. de procur. l. 2. §. 1. ff. de adm. tut. aut tanquam hæredes, ut in specie d. l. si pupillus. 89. ff. de acq. her.* Eum enim, qui pro his quatenus tales sunt intervenit, aperte id agere, ut ne teneatur deposita hac qualitate. *Donell. 21. comm. c. 14.*

Ant. Faber. *lib. 8. conject. 3. & ad l. 13. ff. de minor. alia adhibita distinctione rem hanc expediendam putat, & nimirum interesse, utrum fidejussor pro minore intervenierit etiam pro majore, quod in dubio sit presumendum, etiam si ioverit conditionem minoris: an quasi pro minore & contemplatione juris prætorii, id est, ob eam duntaxat causam, ut creditor cautum esset, qui aliqui propter incertam ætatis ac restitutionis cum minore non contraxisset. Priore casu prodest fidejussori restitutionem à minore impetratam, perinde ac si à majore impetrata esset. Posteriore verò non prodest. Atque hæc distinctio etiam Senatui Sabaudia placuisse restat idem Ant. Faber. *Cod. suo for. tit. de fidej. min. defin. l. & tit. qui & ad. quos in int. rest. dist. 2.**

Ex tribus autem hinc distinctionibus expedi-

tissima & rusticissima mihi videtur secunda: nam ratio primæ in casu, quo etiam fidejussori succurritur, non convenit speciei *l. si pupillus 89. ff. de acq. her.* Quid enim si nemo adeat hereditatem, ut quæ suspecta sit, nec omninò idoneat Quid enim si vetus aut alia actio propter inopiam aut abtentionem debitoris inanis sit? Nec quod ad tertiam attinet, Ant. Fabro concedendum, fidejussorem minoris, quem scit minorem esse, in dubio non intelligi contemplatione juris prætorii intercessisse: Imo cum fidejussor in hoc accipiatur ab eo, qui cum minore contrahit, quod ei potius, quam minori fidem habeat, propter metum restitutionis, *d. l. 13. pr. ff. de minor.* contrarium potius presumendum: & sibi imputet fidejussor, quod minoris conditionem non ignorans pro eo intervenit.

Quod vero fidejussori, qui minori hæres exitit, salvum manere restitutionis auxilium, *l. Strichius 95. §. 3. ff. de solut. in eo fidejussoris eadem cum cæteris heredibus conditio est, l. 6. ff. de cum cæteris heredibus conditio est, l. 6. ff. de in tut. rest. l. 3. §. Pomponius 9. ff. de minor.* Neque enim fidejussori quæ fidejussori, sed quæ hæredi salvum manet. Item quod placuit fidejussori qui pro minore dolo adverterii circumscripto intervenit, prodesse exceptionem doli mali, quæ minori ex hac causa competit, *d. l. 7. §. 1. ff. de except. l. 2. C. de fidej. min. hoc ex eo est, quod hæc exceptio ex parte objicientis in rem potius est, quam in personam, l. 2. §. 1. & §. 2. ff. de dol. max. exc. ac proinde eorum genere, quæ vel invito debitoris competit fidejussori, *d. l. 7. §. 1. ff. de except. l. & hæredi 21. §. ult. l. ult. ff. de pact. Cui adeo quod etiam majoribus eadem ex causa eadem exceptio datur. Cæterum non hoc solo casu quod quidam putant, restituito fidejussori prodest, ut jam demonstravimus. Unicum adhuc est, quod hic obijci solet, nempe generalis illa regula, quæ definit omni genere liberationis liberato reo principali liberari etiam accessiones, *l. in omnibus 43. ff. de solut. Sed hæc objectioni sic respondendum, regulam illam toties procedere & veram esse, quatenus principalis obligatio aut ipso jure tollitur, aut summoventur per exceptionem jure communi competentem, qualis est exceptio pacti, rei judicæ, jurisjurandi, Senatulconituli Vellejani, &c. Secus autem est, quando manente obligatione tam naturali quam civili persona rei duntaxat subducitur, sicut fit, cum minor restitutione utitur per *1. ult. ff. de duob. reis.****

## CAPUT XII.

An doli dans causam contractui bonae fidei eum reddat ipso jure nullum?

Quaestio haec agitata est inter Doctores Citramontanos & Ultramontanos, quorum illi affirmant bonae fidei contractum, cui doli dans causam praebuit, ipso jure nullum esse; hi negant. Illos sequuntur Cujac. Cossal. Bas. ad l. 7. ff. de dol. mal. Don. Mynd. Zaf. in §. actionum 10. inf. de act. Hos Coraf. 2. misist. S. Robert. lib. 3. antimat. 1. 2. & 4. Nos hinc Citramontanorum castra sequemur, in quae & suprema Curia Hollandiae concessit. Primum hoc dicimus in contractu bonae fidei, nullam circumscriptio competere actionem de dolo: Nam aut causam contractui bonae fidei dedit doli & contractus, ut nunc supponimus, ipso jure nullus est, ut puta nulla est venditio, nulla societas, si quis cum animo contrahendi non haberet, in hoc circumscriptus est & dolo adversarii adductus, ut venderet, d. l. 7. ff. de dol. mal. aut societatem contraheret, l. in causa. 16. §. 1. ff. de minor. aut doli incidit circa partem aliquam in contractu bonae fidei, puta circa rei valorem, aut traditionem, aut pretii numerationem, & purgatur per actionem ex ipso contractu descendente, d. l. 7. §. 3. ff. de dol. l. Julianus 13. §. 4. & §. ff. de act. emp. l. 2. C. cod. aut si conveniant, ut doli passus est, purgatur exceptione doli, quia exceptiones doli insunt bonae fidei iudiciis, l. sed & si 21. ff. solut. matrim. l. hujusmodi 84. §. 5. ff. de legat. 1. In stricti autem juris contractibus non idem doli effectus est. Hic enim si ve causam contractui doli dederit, non reddit eum ipso jure nullum; si ve incidit & in aliqua parte tantum accesserit, non purgatur actione ex contractu descendente, quae stricti juris est: sed spectatur data res, utrum in, qui per dolum obligatus est, impleverit contractum, necne, si nondum implevit exceptione doli mali agentem repellere potest, l. si quis. 36. ff. de verb. oblig. l. 5. C. de inat. stipul. actionem autem de dolo non habet; quippe quae nec cum exceptione doli concurret, l. ult. ff. de dol. mal. Si autem implevit contractum, jam quia exceptionem doli non habet, si cetera quoque remedia ei desint, dabitur ei actio de dolo, tanquam ultimum subsidium, Zaf. Duar. Cujac. Donel. in d. l. 36. de verb. oblig.

Illud autem hic quaeritur, an verum sit quod

cum Citramontanis asserimus, ubi doli dans causam praebet contractui bonae fidei, contractum ipso jure nullum esse, cum secus se res habeat in stricti iudiciis. Et verum esse satis periculis demonstrat textus in l. 7. pr. ff. de dol. mal. ubi Jurisconsultus dixerit ait, nullam esse venditionem si in hoc ipso circumscriptus fuerit minor, ut venderet; & notanda eo loco oppositio casuum. Nam dum ait nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet minor circumventus sit, casum hunc opponit casui antecessenti, quo dolo incidente, non causam dante contractus ipso jure valet. Non obstat, quod Jurisconsultus utroque casu actione de dolo in manu scriptum dat, siquidem Ulpianus ut sententiam Juliani dicentis actionem de dolo in manu scriptum dari, qui a domino minore decepto venditur & ab emptore manu scriptus erat, conciliaret cum vulgata regula, quod actio de dolo cum alia actione non concurret, cum hic videtur superesse ex vendito, docere vult sententiam istam Juliani duobus casibus procedere. 1. quando emptio doli valet, sed emptor dolo caruit, ut non possit ob dolum a servo commissum actione ex vendito conveniri. 2. ubi emptor in dolo fuit, sed minor in hoc ipso fuit circumscriptus, ut venderet, & ita doli venditori causam praebuit: quo casu cum venditio ipso jure nulla sit, sola superstit actio de dolo.

Probat hanc eadem sententiam, nec minus evidenter, l. in causa 16. §. 1. ff. de minor. ubi & majore 25. annis circumscriptio in societate ineunda, contractus dicitur esse nullus, & minori eodem casu negatur opus esse restitutione in integrum, quae utique ei necessaria esset, si contractus subsisteret. Addunt alii & textum in l. 3. §. ult. ff. pro soc. quo loco Paulus sic scribit: Societas, si dolo malo eum fraudandi causa coita sit, ipso jure nullus momenti est: quia fides bona contraria est fraudi & dolo. Sed, ut verum fatear, alia videtur hujus loci esset sententia, nimirum eam societatem ipso jure nullam esse momenti quo animo & proposito contracta sit ut ejus occasione alii fraudentur & circumveniantur: quia rei turpis & illicita nulla in universum ex ullo contractu obligatio est, l. 6. §. 3. ff. mandat. l. nec pretermittendam 37. ff. pro soc. l. generaliter. 26. & seq. ff. de verb. oblig.

Restat jam ut examinemus & diluamus argumenta, quibus Ultramontani eorumque sectatores addenti in contrariam sententiam iuverunt. Sed prius quam ad deveniamus, momenti sumus in distinctione contractuum bonae fidei & stricti juris, bonam fidem non simpliciter opponi dolo, quippe quem ab omnibus contractibus

etiam a stipulatione & mutuo abesse oportet, l. 4. C. de oblig. & act. sed quoad tenentur & secundum quid, nempe quatenus plenior & exuberantior fides in contractibus bonae fidei desideratur, eorumque naturae magis adversariis doli malus, quod Imp. l. 5. C. de resp. vend. significans; cum assent, dolum contractum esse bonae fidei, quae in hujusmodi maximam concordiis exigitur. Et ratio est, quia in his aliter alteri obligatur in id, quod ex bona fide, ex bono & a quo praestari oportet, etiam si de eo nihil cautum sit §. in bono 30. Inst. de action. l. 2. §. 3. ff. de obl. & act. & hinc est, quod etiam potentius oportet dolum, ad impediendum originem obligationis in contractu bonae fidei, quam stricti juris dolum, inquam, contractui causam dans; nam incidens contractum nullam facere non potest.

Ultramontani tamen Petrus, Cynus, Joan. Fibet, & recentiores nonnulli, sicut diximus, ab hac sententia recedunt, contententes contractus omnes, etiam bonae fidei, adest consensus, adesse autem essentialia: ergo ipso jure non est nullus. Ad propositionem quod attinet, momenti sumus contractus non ex mero jure gentium hic considerari oportere, sed quatenus jure civili recepti & approbati. Assumptio falsa videri potest: propterea quod doli excludit consensum, ceterum ita stabilitur. Si vis & metus non excludit consensum nec contractum vitiat, nec doli excludit, &c. At verum antecessit; ergo & consequens. Ratio connexi est, vel quia vis & coactio maxime videtur contraria esse voluntati l. nihil consensui 116. de reg. jur. vel quia in vi & metu etiam doli inest l. 3. §. doli mali 8. ff. de bon. rapt. Antecessit non obicitur negat Cujacius in l. si quis 16. ff. de verb. oblig. Et aperte Donellus in l. 1. C. de resp. vend. Verissimum tamen esse argumentum fuit verba ipsa edicti praetoris, quod metus causa gestum erit, ratum non habebit. neque enim restitutione opus esset, si contractus ipso jure non valeret: & non nisi iniuste atque inepte ad metum & vim quandam incidentem restrictum hoc referre possis. Accedunt expressi textus in l. 3. l. 4. l. 5. C. de his que vi metusq. ea. ex quibus manifeste patet vim, & metum non efficere, ut contractus; quamvis sit bonae fidei, & cui metus causam dederit, sit ipso jure nullus; sed eo non obstante actionem & exceptionem quod metus causa dant. Movere non debet, quod scriptum est in l. si mulier. 21. §. 3. ff. quod met. cap. Si dos metu promissa sit nullam esse obligationem, nec talem promissionem dotis ullam esse. Hoc enim speciale est in promissione dotis metu extorta: quoniam favore dotis non datur restitutio: quoties autem

contra actum, si valeret, non datur restitutio, toties actus metu gestus ipso jure non valet, fac. l. 9. pr. l. si prius 17. ff. qui et a quib. man. & quod notandum est, loquitur d. l. 21. §. 3. de dote stipulanti promissa, vix autem quilibet tam, qui dubitet tale promissionem, licet metu extortam, alias ipso jure subsistere. Magis obitare videtur, l. 1. C. de resc. vend. ubi Imp. Alexander ait venditionem per vim & metum extortam irritam esse. Sed recte respondit Accursius, irritam positum esse pro irritandam, nempe per actionem quod metus causa: quia pretor talem venditionem ratam non habet, data actione quod metus causa, l. 1. ff. quod met. cau. l. 3. & x. seqq. C. eod. ut exitu inspecto actus hic sit irritus, aut pro irritu habendus. Nos igitur cum Bachovio. de action. disp. 6. th. 17. negamus rationem connexi, & dicimus à metu ad dolum non recte inferri. Quod si quis hic urgeat responsum Ulpiani in d. l. 2. §. doli mali. 8. ff. vi bon. rapt. ubi ait, eum, qui vim facit, etiam dolo malo facere, & in vi dolum inesse. Responso in promptu est, doli appellatioem & generalem esse, omnemque significare improbitatem, malitiam ac propositum delinquentii, quo significatu etiam vis doli est, l. 7. ff. ad leg. Cor. de furt. & specialiter, qua injuria illa species intelligitur, quae fit occultè & per simulationem, distinguuntur à vi quae aperta est, nec semper cum ea concurrit; quomodo Cicero dicebat, fraudem vulpeculae vim Leonis esse. Atque in priore significatu dicimus Jctum doli verbum accipere in d. l. 2. §. 8. vi bon. rapt. nec aliud intelligere, quam eum qui vim inferit, pravam & improbum propositum habere, qui doli appetus est, id est, manifesta malitia & improbitas reipsa & de facto declarata. At nos hic disputamus de dolo in specie dicto, quo intelligitur, qui est in verbis & occultè fit per simulationem. Sed primum proficimus, nisi ratio aliqua afferatur cur eum, qui metu coactus, verbi causa, emit aut vendidit, placeat ipso jure obligari, dolo malo inducendum non item: cum non minus vis atque metus consensus, sine quo nullus contractus subsistit, contrarius sit, quam doli, l. nihil consensus. 116. ff. de reg. jur. putamus autem hanc esse rationem, quod in uno enixior & aperior voluntas verè voluntas est, d. l. 21. §. pen. quod met. cau. sicuti qui navis levandæ gratia jacturam facit, vult se liberari periculo & voluntate enixe, ac festina, Arist. 3. Eth. 1. Sanè quidem vis est contraria voluntati, sed quatenus causam extrinsecam impellentem spectamus, non quatenus respicimus causam proximam & ipsam volendi & minus malum eligendi actum. Dux enim hic considerandæ voluntates; una prior,

altera vi posterior: quarum prior vis est contraria; posteriori verò tantum abest ut vis contraria sit, ut eam etiam efficiat, ac proinde etiam cum ea consistere queat. Errantis autem & dolo circumventi, ut sit aliqua voluntas, non tamen tam enixa est & certa, quia decipitur. Non possumus dicere planè & omnimodo dolo interveniente tolli consentum, quod temerè Bronchorstius cent. 1. assert. 17. & alii nonnulli asserunt: nam hoc admisso non contractus quidem stricti juris dolo causam conventi non præbent ipso jure subsisterent: cum nulli contractus, ac ne stipulatio quidem sine consensu ullius momenti sit, l. 1. §. 3. ff. de pact. Sed hoc dicimus, etiam si simpliciter & absolute non deficiat consensus, tamen cum hic debilit fit, quomodo in casu objecto, & hæc sit natura contractuum bonæ fidei, ut omnia præstentur ex æquo & bono, & bonæ fidei, quæ in hijsce iudicij exuberantissimè requiruntur, maximè repugnet doli malus, l. 7. C. de resc. vend. ubi principium est vitiosum & infectum, nempe ubi alter alterum ad contrahendum dolo inducit, talem contractum jure valere non posse: ut ut stipulationem sustinet verborum solemnitas, mutuum interventus rei, & obligatio uni altera. Et effectu pene idem est, quod Baldus in l. sub prætextu. 19. C. de transact. ait, dolum in bonæ fidei contractibus excludere qualitatem substantialem (rectius dixisset naturalem) quæ inest à propria & specialiter naturæ contractus, sed in strictis iudicij esse contra qualitatem accidentalem duntaxat & generalem omnium contractuum.

Alterum argumentum Ultramontanorum tale est: Quæ ex causa transit dominium, ea non potest censeri ipso jure nulla. At ex contractu bonæ fidei, puta venditionis, cui doli causam dedit, transit dominium: ergo. Major est in l. nunquam. 31. ff. de acq. dom. Assumptio probatur ex eo, quod nunquam legitimus hoc casu dari videtur: quæ utique competere, si dominium translatum non esset. Quinimo ex l. 7. pr. ff. de dol. perspicue probatur dominium in casu, de quo agimus transferri: alioqui enim manusmissio non procederet, l. 10. C. si advers. libert. fac. l. 10. C. de resc. & vend. & miror Bronchorstium id negare arg. l. 1. §. 4. ff. de acq. poss. ad quam vel puer proceditur. Hinc porro sic colligitur: Ubi non impeditur translatio domini, ibi multo minus impeditur debet natiuitas obligationis, per l. 4. ff. de contr. empt. Atqui ubi doli causam dedit, &c. Respondet Baldus in l. 19. C. de transact. ad hunc modum, concedo, inquit, quod fortius impediatur dominium, quam obligatio, quando eadem vel major ratio est impediendi: sed quando ratio ordina-

ter ad obligationem impediendam, non dominium, ubi impeditur obligatio, sed non dominium, ut in supradicta allegata l. 7. pr. ff. de dol. Ratio qua non procedunt ab eadem causa: nam obligatio non potest esse sine vero & efficaci contractu, sed dominium potest transferri ex causa putativa: unde non requiritur efficaciam præcedentis obligationis. Hactenus Baldus, cujus nimirum hæc sententia est, traditionem ipsam cum animo transferendi domini factam ab eo, qui saltem putat subesse causam habilem & idoneam, licet nulla subsit, sufficere ad translationem domini: idque verum esse indicio est indebitum per errorem solutum. Illud enim indebitum est, quod nulla ex causa verè debetur; & tamen si quis errore ductus putans se debere, ex aliqua causa solverit, dominium transfert: quod ex eo liquet, quia ad repetitionem soluti tantum conditionem indebiti habet, non vindicationem tit. ff. C. de condit. indeb. Sic licet matrimonium nullum sit, tamen dos data non vindicatur, sed per conditionem repetitur, l. pen. C. inter. matrim. int. pop. Itaque rectè Dondellus in d. l. 5. C. de resc. vend. n. 3. quod Paulus in l. nunquam 31. ff. de acq. rer. dom. scribit: nunquam nudam traditionem transferre dominium, sed ita si iusta aliqua causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur, ita accipiendum docet, si vera iusta causa præcesserit, siue opinione tradentis.

## CAPUT XIII.

An minori 25. annis Doctori juris, si capitis sit, sit concedenda in integrum restitutio?

Non una causa est, ob quam prima facie videtur deneganda minori 25. annis in integrum restitutio. Quid enim si iudicio rectè deest, causa cognita sententia Iudicis condemnatus sit, an non obstat restitutioni auctoritatis Iudicis & rei iudicæ? Placuit non obstat, ac nihilominus beneficium ætatis minores consequi posse, quod jure communi appellatio inexpressa præstat majoribus, l. præses provincia 45. ff. de minor. & tit. C. si adv. rem judic. Quid si decreto magistratus res minoris vendita sit? hic multo minus: siquidem magistratus quantum vendi res minoris permitit, pretium tamen decreto suo non comprobatur, l. 2. C. de fidei. inf. minor. l. siquidem 11. C. de præd. minor. Sed nec curatorum auctoritas utique eo valet, ut id beneficium, curæ suæ commissis adimant, quod

Vinnii Quest.

remota hæc auctoritate & sine curatoribus constitutis haberi iussit, l. tutor 49. ff. de minor. & tit. r. C. si tut. vel cur. tutor. Sed sine minore esse hominem frugi & industriam, magistratum alioquin honores gerere, parentem esse multorum liberorum tamque familiarum bene ac prudenter administrare: hæc utique signa sunt non fragilis & infirmi, sed prudentis & maturi consilii. Quid ergo? An non merito hujusmodi adolescentes ab hoc auxilio excludantur? Placuit nihilominus si capti probatur restitutos per l. 1. in fin. ff. de minor. l. 2. C. eod. l. 1. C. qui et adv. quos. Etenim quantacunque huic ætati prudentia tribuatur, semper tamen ei adjuncta est levitas quædam & facilitas, adde & rerum multarum aversio, Sfort. Odd. ff. 1. qu. 32. art. 3. & 13. Richard. in l. 2. C. de in int. resp. minor. n. 2.

Quid si doctor juris sit, adeoque non levi iuris scientia imbutus? Huic communiter doctoris restitutionem in integrum denegandum esse censent, etiam si in negotio gerendo se laesum esse doceat, teste Oddo, d. loc. art. 7. Rationem hujus suæ opinionis hanc asserunt, quod nulla fronte ex errore & imprudentia restitutionem ab defectu ætatis desiderare potest, cujus ætatem supplet juris scientia, nec quilibet ad asserere debeat, in quo intelligi vel intelligere debet, imperitiam suam alii periculosam fore, l. 8. §. 1. ff. ad leg. Aquil. Addunt, quod turpiter, ut Q. Mucius dicebat causas in foro oranti jus ignorare, l. 2. §. Servo. 43. ff. de orig. jur. & quod ad jurisconsultos olim, teste Cicero, lib. 3. de Orat. non solum de jure, verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio referrebat. Atque ita quoque Duar. in l. 1. C. qui et adv. quos. Gomez. 2. resolut. 14. n. 5. Bronchorst. 1. miscell. 28. Cæterum hæc rationes tanti apud me non sunt, ut huic sententia subsistere possint. Nihil enim commune habet proflusio juris & æritium cum honorum administratione & in rebus agentis prudentia, quæ non ex libris, sed usi & experientia comparatur. Hæc Cicero in fin. 2. de offic. De quaerenda, inquit, de collocanda precantibus etiam de erenda, communiis à quibusdam optimis viris ad medium ænem sedentibus, quam ab ullis philosophis ulla in schola disputatur. Et quis credit, de fundo emendo, de filia locanda, aliusve hujusmodi negotij olim consuli foret posse fuisse adflescentes? Quid quod apud veteres non alii, quam clarissimi viri, magnoque rerum usu præditi, & serè Honoribus omnibus & reipub. muneribus perfructi de jure civibus responebant, ut ex eodem Cicero, lib. 2. de Orat. discimus. Putarem itaque nec minorem 25. annis, qui titulum Doctoris juris adeptus

(D)

est, si causa cognita capus esse deprehendatur, a solito auxilio removendum, *arg. l. 1. C. qui & adv. quos & arg. l. 1. in fin. ff. de minor. quo loco Jurisconsultus scribit, non debere adolescentibus ante perfectam aetatem rerum suarum administrationem committi, quamvis bene rem suam gerentibus. Quartaque enim, ut dixi, adolescentis tribuatur perita, semper tamen obnoxia est captivibus, adjuñctaque est huic gratia consilii quedam infirmitas & inconstantia. Odd. *d. art. 7. Sarmien. 3. Select. interp. 12. Pachin. 3. contr. 1.* Arbitror tamen hoc restringendum esse ad captionem & lationem in negotiis, quae ad juris peritiam, quam adolescens proficitur, nihil attinent, puta si laesus sit ignorantia facti, quae excusationem mereatur, & maxime in negotiis extra iudicium, in emendo, vendendo, in quaerenda aut collocanda pecunia, &c. Nam juris ignorantiam allegare causas in foro orantimur turpe est, *d. l. 2. §. Servus de orig. jur. veluti si errore juris exceptionem vel allegationem omisit, quia putabat eam ad merita causae non pertinere.* Cum enim se juris peritum proficitur, hic desiderium ejus restitutionem propter errorem petentis pugnare est diametro cum ejus professione: Est autem iniquum & incivile aliquid postulare quod discrepat & alienum est a professione nostra *l. professio. 6. C. de mun. patrim. lib. 10. l. in honoribus, 8. §. philosophis. 4. ff. de vac. mun.* Unde etiam peritiam cujuscumque artis, quam minor proficitur, restitutionem impedire circa negotia ejusdem artis & professionis statuit, *Mauric. de res. in int. c. 223. Odd. d. art. 7. n. 32. & seqq.**

## CAPUT XIV.

An si institutus beneficio aetatis contra aditionem hereditatis restitutus sit, convalescat substitutio?

Vulgaris substitutio facta extraneo sive puperi sive impuberi post aditam hereditatem expirat *l. 1. C. de impub. & al. substit.* Sed quid si institutus heres, postquam adit hereditatem beneficio aetatis contra aditionem in integrum restitutus sit, an hic convalescat substitutio, ut jam ex ea admittatur substitutus? Communis Interpretum sententia est, substitutum admitti, dictam *l. 1. C. de impub. & al. substit.* sic interpretantur, si addito duraverit, restitutione autem imperata omnia in pristinum statum reponi, *Gloss. Cyn. Salic. Don. & alii in d. l. 1. Zal. tract.*

*de substit. c. 1. vers. a. limitate. Merend. lib. 4. contr. C. 2.* Nec hanc sententiam patens institui auctoritate, proferturque ad eam stabilendam *l. 2. §. 2. ff. de vulg. & pup. substit. l. Julianus. 42. pr. l. si minor. 61. ff. de acquit. her. l. ex contractu. 44. ff. de re jud. l. 7. §. sed & 5. & §. sed quod Papinianus. 10. ff. de minor. l. 1. §. ante pr. l. 2. §. si bonorum. 10. ff. ad fin. Tertul., quibus tamen locis an haec sententia latius probetur, magna ratio est, cur dubitem: sed de eo mox videbimus. Duo sunt loci, qui in contrariam sententiam me trahunt, quod scilicet herede instituto post aditam hereditatem beneficio praeoris se abstinente, substitutus non sit aditendus, *l. ult. ff. de success. edict. & d. l. 7. §. sed quod Papinianus ff. de minor. quae ab aliis pro contrariae sententiae firmamento aferunt. In d. l. ult. ff. de success. edict. expresse negat Papinianus inferioris gradus cognatum beneficium edicti successores habere, cum prior cognatus ex propria parte bonorum possessionem accepit, licet aetatis beneficio facultatem abstinendi postea consecutus sit, in d. l. 7. §. sed quod Papinianus ff. de minor. unus tantum casus a sententia Papiniani dicitur, si minor, cui servus proprius substitutus est post aditionem abstinendi causa restitutus sit, substitutum nec heredem nec liberum fieri, excipitur, si hereditas solvendo non est, idque non recto jure, sed ex sequitate rescripti D. Pii & Antonini, ne videlicet bona defuncti nomine veneant. Jam verò nihil est vulgatius, quam quod exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis. Neque alia ratione videtur Jurisconsultus quam quod substitutum semel per aditionem exiuncta substitutio amplius admitti non possit. Atque idem omnino dicendum est de pupere suo herede instituto, qui accepto substituto aetatis beneficio post immisionem abstinens est. Ratio non est obvia, quia non solum deficit conditio substitutionis instituto hereditatem adveniente, sed etiam bona testatoris esse desinunt & sunt heredis, cujus retractio alii prodesse non debet.**

Examinemus jam & excutiamus singulos locos in contrarium prolatos. Primus est *l. 2. §. 3. ff. de vulg. & pup.* Sed ille locus huc non pertinet: cum hic tractemus de substitutione vulgaris facta extraneo aut filio puperi, illic de substitutione pupillari facta filio impuberi, & longe alia quaestio illic decidatur, nempe si minor 25. annis heres institutus post abstentionem adveniente hereditatis gratia restitutus fuerit, confirmari tabulas primas & praetorem viles actiones ex secundis substituto pupillari decernere, in quo utilitatis consiliu non tam substituti, quam pupillorum, *l. Julianus. 42. pr. ff. de acq. her. qui tam aperte confirmare nostram sententiam, cum*

affectione effatur, sed eam non magis juvat, quam ille proximè precedens: quippe cum & in loco agatur de substitutione pupillari & admittendo substituto, etiam eo casu, quo pupillus hereditate paterna se abstinuit, & intra pubertatem mortuus est: unde hoc tantum probatur, quod vulgo dicitur, nuda sui heredes licet se abstinentis existentia constari tabulas pupillares, aut potius paternas, ut ex pupillaribus admittatur substitutus. Speciem aliquam habet *l. ex contractu 44. ff. de re jud. Sed neque in d. l. 44. agitur de vulgari substitutione facta impuberi extraneo, aut puperi etiam suo, sed impuberi suo heredi, quam substitutionem non exintur immisit, si modo postea se pupillus abstinet. Ratio est quia communi jure & sine restitutione in integrum se abstinuit pupillus suus, qui se immisit, *l. in necessariis, 57. ff. de acq. her. Extraneus autem aut pupes qui adit aut se immisit contra aditionem aut immisionem, non restituit nisi speciali decreto praeoris causa cognita, d. l. 17. in fin. pr. quod beneficium non tenent extra personam restitui in alterius favorem extendi debet, *l. 3. §. sed utrum 4. ff. de minor. Dicit quidem & illud probabiliter potest in d. l. 44. pupillum se non immisuisse, sed nihil interest. Ex l. si minor. 61. ff. de acq. her. sic argumentantur: si minoris adveniens & postea restitutus coheres ad portionem minoris volens admittitur jure accrescendi: multò magis volens substitutus admittendus est: quia substitutio potentior est jure accrescendi *l. 2. §. duo 8. ff. de bon. poss. l. 10. ff. de acq. her. l. 1. §. 1. Respondetur, alia in proposito est ratio substituti, alia coheredis, cui scilicet vel propter partem suam, quam acquisivit, concedendum fuit totum agnoscere, vel propter vacantem portionem, quam ut institutus agnoscat, cogi non potest à toto recedere.****

Citatur pro contraria sententia & *l. 1. §. ante pr. ff. ad SC. Tertull. item l. 2. §. si bonorum 10. ff. de quorum in prioribus si filius hereditatem matris adierit ex Orsiciano, & per integrum restitutionem abstinens fuerit, agnati matris vocantur ex jure antiquo. Verum id fit ex verbis ipsius substituentis, qui extensivus est, & limitans jus adveniendi hereditatem maternam, ut non obstat agnatis, nisi filius cum est: cujus hares sit, *d. l. 1. §. ante pr. l. 6. §. 1. cod. Eodemque modo respondendum ad alteram, nempe *l. 2. §. 10. cod. Ubi si filius adierit ex jure antiquo & restitutus sit, mater admittitur ex Tertulliano, ex verbis scilicet senatusconsulti, quae & ipsa extensiva fuisse credibile est. Ad l. 7. §. sed quod Papinianus 10. ff. de minor. jam ante respondimus, eam aperte confirmare nostram sententiam, cum***

unus duntaxat casus ibi excipitur in servo necessario minori substituto, si haereditas solvendo non sit. Atque hujus sententiae auctores habeo Cujacium & Buf. in *d. §. sed quod Papinianus Duar. in comm. ad tit. de vulg. & pup. substit. Govean. 2. var. lect. 13. cap. 10. Petex ad tit. C. de impub. & al. sub. n. 7. Bachov. ad Tertul. vol. 2. disp. 11. th. 7. Ubi & bene respondet objectioni desumptae ex vulgata illa regula, restitutione concessa omnia in pristinum statum reponi: nempe hanc regulam ede duntaxat pertinere, ut intelligamus eum quoque, contra quem minor restituitur, propterea quod in negotio gerendo laesus sit, in pristinum statum respondentem esse: hoc autem nostro casu restitutionem magis in rem fieri videri; atque minorem restitui adversus substitutum; imò nec proprie & verè loquendo substitutum possi dicit à minore laesum.*

Excluso autem substituto quaeritur, utrum hereditas, ad legitimum successorem pertineat, an sicut vindicetur, illud placet Duarenò & Bachovio, hoc Cujacio, Goveano & Bufio, quorum sententia videtur verior: quoniam excluso substituto, multò magis exclusi intelliguntur venientes ab intestato; cum utriusque causa testamenti potior sit successione ab intestato. Deinde quia bona ista per aditionem heredis, testatoris bona esse desiderunt, ut ad ea legitimi ejus haeredes admitti nequeant. Quapropter dicendum bona ista quasi vacantia sicut desiderari: & hoc factis abunde probat *l. ult. ff. de suc. cess. edict.*

## CAPUT XV.

An auct. Sacramentum puberum C. si adv. ven. perineat tam ad contractus invalidos, quam ad validos ipso jure?

Haec constitutio Frederici Imperatoris *l. 2. Fendur tit. 53. §. 3.* quae inde translata in Codicem Justinianum sub tit. *advers. vend.* in haec verba: *Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractantur, invalidabiliter cassantur.* Per vim autem, vel justum metum extorta etiam à majoribus (maximè ne querrimonia maleficiorum commissurum faciant) nullius esse momenti jubemus. Quantum autem est, an haec Frederici constitutio pertineat tam ad contractus invalidos, quam ad validos ipso jure, & adversus quos puberibus extra causam juris jurandi necessarii restitui? Ait Martinus & Ciramontani: negat

Bulgarus & Ultramanian: atque hæc lris totam Jurisprudentiæ scholam conturbavit. Ego Martini sententiam velorem esse puro: & nullius dubio, quin Fredericus fecerit auctoritatem Juris Canonici, quod juramentis saret & ejus auctoritas tunc maxima erat, novi aliquid juris & Canonico contentaneum flatuere voluerit, utcumque lib. 1. c. eod. tit. cui d. auth. subiecta est, ad contractus jure validos tantum pertinet. Etenim illi demum actus Jure Canonico simpliciter prohibiti & invalidi sunt, qui offendant pietatem & nutriunt peccatum, super quibus jurare & ipsum peccatum est, & gravius peccatum, quod juraveris, servare. Et cum igitur jure civili minores restitui possent, etiam adversus ea, quæ rite gesta per tutores & curatores, tit. c. si tut. vel cur. int. imò licet ex Decreto Judicis gesta essent, puta prædium minoris ex Decreto venditum, l. si quidem. 11. c. de præd. min. Imperator Alexander in l. 1. c. si fido. nov. excepit, nisi illi contractus juramento sint confirmati. Cæterum loquitur Alexander de contractibus validis. Fredericus autem hoc adiecit, ut etiam contractus invalidi a minore celebrati jurejurando accedente confirmarentur. Non tamen utique omnes, sed si tantum qui invalidi sunt, propter solam ætatem, qui si a majoribus gesti essent, jure rati forent, & efficaces, veluti si minor sine curatoris consensu contrahendo se aut res suas obligavit, aut alienavit, aut res soli sine decreto dilaxavit. Sed & lex civilis conventionem, quæ ratione objecti est ad hæc quæ, privata tantum utilitatis contemplatione valere non patitur, quæ sit donatio inter conjuges, & quæ excedit quinquentos solidos, renuntiatio futuræ successione, transactio facta de rebus testamentis relicti, non inspectis testamenti tabulis, &c. ad talem quoque conventionem de auth. pertinere arbitror, eamque juramento a minore confirmatam in violabilitate servandam, perinde ac Jure Canonico obtinet in majoribus, siquidem eo jure & defectum ætatis juramentum supplet, & sponte præstitum omne sine exceptione servandum, quod nihil impetratis, turpitudinis, aut iniquitatis continet. C. quomvis de pact. in 6. At si actus aliquis aut contractus a majore celebratus ideo non valet quia tendit ad injuriam aut detrimentum alterius, qualis est renuntiatio senatusconsulti Macedoniam, alienatio fundi dotalis aut rei, cuius ususfructus penes patrem est, talem contractum a jurejurando robur accipere nec Canones patiuntur, quamvis a majoribus interpositus, ac multo minus, si conventio ideo improbetur, quia natura turpis est, & contra bonos mores, ut loquuntur, juris Canonici: quo-

miam jurjurandum non debet esse vinculum trahendum aut iniquitatis. C. 1. ext. de jur. C. inter cetera 22. quæst. 4. C. non obligatorum de reg. jur. in 6. atque in eo jus Canonico & civile inter se conveniunt, l. 7. §. & generaliter, 16. ff. de pact. Itaque quamvis d. auth. non pertinet ad negotia omnibus prohibita jure communi, nec ad actus vetitos ex naturali & perpetua causa, & putamus tamen eam quoque pertinere ad negotia, quæ jure speciali certis tantum personis prohibita propter privatam aliquod incommodum, licet secus sit jure civili, l. 5. C. de legib.

Urget in contrarium Bulgerus verba d. auth. super contractibus rerum sacrarum non retractandis. Sed non oportet verba captare præsertim in constitutione Principis Germani: & interdum illa quoque retractari & revocari dicuntur, quæ de facto processerunt, licet de jure effectum non sint sortita, l. 5. C. de resc. vend. l. 1. c. qui man. non poss. junct. pr. Inst. qui ex quib. cas. non. Illud futile est, quod quidam obijciunt, Ecclesiam eodem jure quo minores censeri, que tamen adversus contractus juratos Prelati vel Episcopi restituantur, C. 1. de resc. in integr. in 6. præsertim de testib. in 6. quasi verum aliqui quam negasset minori concedendam esse restitutionem adversus contractum juratum curatoris sui? Obijciunt denique quod minor sine curatore suo non potest aut creditor suo jurjurandum ferre, ut le obliget, aut debitor, ut eum liberet, l. nam postea quam 9. §. si minor. 4. l. jurjurandum. 17. §. 1. ff. de minor. unde dicendum videtur nec permittendum ei esse, ut sine curatore ipse per jurjurandum obliget, & conditionem suam faciat deteriorem. Respondeo, cum leges jurjurandum a minore deseri nolant, id eas quidem agere, ut extra damnium eum conservent, verum ita ut nullam impietatem ejus foveant, quam non foveat, ubi non ipse minor, sed creditor ejus aut debitor jurant. At si juramentum ab ipso minore præstitum violari parentur, à damno quidem eum liberant, sed impietatem ejus foverent. Præstat autem damno eum affici, quam impium fieri.

Quamvis autem hæc ita probabiliter pro tenore hujus auth. disputari possunt, ea tamen plebique nimis rigida & inhære ac captiosius expolitæ ætati perniciosa visa est: diciturque Henricus VII. filius Frederici qui Papa Honorius III. hanc auth. extorsit, eam aboliturus fuisse, nisi morte fuisset præventus. Ut sit, vix ullibi locorum concepta est, videtis Buium ad l. 13. ff. de minor. Gudelm. lib. 3. de jur. nov. ff. 14. Christin. vol. 2. de off. 125. & vol. 5. de off. 225. Græneweg. de legib. abrog. ad h. auth. & ibi alleg. Ant.

lib. C. si for. tit. de in integr. rest. min. & tit. facta vendit.

## CAPUT XVI.

Unum unum tantum, an duo sint genera arbitrorum similitudinem Judicum habentium?

Judicium dividi solet in necessarium & voluntarium: cæterum hæc distributio non est generis univoci, sed æperæ. Nam arbitrorum proprie Judex non est; cum privatorum contentiosum Judicem non faciat, l. 3. C. de jurisd. led partes Judicis suscipere dicitur, l. Pomponius 13. §. 2. ff. de recept. arbitr. l. rem non novam 14. §. de jurid. & arbitria ad similitudinem judiciorum redigi, judicia imitari, d. l. 1. 1. §. ff. de recept. arbitr. Nimirum præter judicium proprie dicimus, quod omne necessarium est, & eorum, qui publicia judiciandi auctoritate præditi sunt, est & voluntaria quedam contendendi ratio extra jurisdictionis necessitatem posita apud eos, ad quos ex consensu & compromisso itur, qui Judices compromissarii & plerumque arbitri nominantur; quæ & ipsa ad sopiendas lites pertinent d. l. 1. Hoc voluntarium judicium extræ arbitrium, ex facto litigatorum compromissum appellatur: quia litigatores compromittunt, id est, si mihi & invicem pecora proumittere solent, si quis eorum sententia arbitri non litent, l. 2. §. 2. l. litigatores 21. §. 1. l. 1. & seq. ff. de lit. l. 1. C. eod. Duo autem genera arbitrorum; Interpretes nobis ferre faciunt, quorum unum sit eorum, qui proprie arbitri, alterum, qui arbitratores dicuntur, arg. l. societatem 76. ff. pro soc. quorum illi tantum Judices servato judiciorum ordine procedant, hi sine solemnibus litem amicè ex bono & æquo componant, vid. Gail. 1. obf. 150. Sed ego existimo totum hoc esse commentum & à ratione juris civilis planè alienum quod & jam olim suspicatus est Jacobus teste Barr. in d. l. societatem ff. pro soc. & ex recentioribus aperè docuit Corarius lib. 4. miscell. cap. 18. ac novissimè solidè demonstravit Bacchovius ad tit. ff. de recept. arb. c. 1. n. 2. Etenim nunquam legitimam auctoritatem adhiberi, ut Judicem, ad controuersiam aliquam sine forma judicii sua sententia dirimendam, sed tantum intervenire & adhiberi ut nudum mediatorem, idque in actibus extrajudicialibus & contractibus, cum de re aliqua inter ipsos contrahentes non convenit: veluti si in contractu societatis partes sociorum, in emptione pretium, in locatione merces certæ periculis arbitrio definienda permittatur, l. si coita

lit. 75. cum seq. ff. pro soc. l. ult. C. de contr. empt. l. si merces 25. pr. ff. locat. aut si modus restituenti, l. si quis 43. ff. de verb. oblig. vel legati relicti quantitas, vel aliquarum rerum electio, vel monumenti effectio in arbitrium alicujus conferatur, l. 1. §. 1. de legat. 2. l. 6. ff. de cond. & dem. l. ult. §. 1. C. comm. de legat. Nullus autem locus dari potest, quo lis aliqua arbitratoris intervenitu dicatur. Ideo dubitandum non est, quin etiam de seculo arbitrator quod sibi videtur, statuere possit, arg. l. 8. C. de feris. quamvis arbitret tali die non magis quam judex, possit sententiam ferre, l. 3. l. 7. C. eod. Sed & cum arbitrator aliquid statuit, quod manifestè iniquum est, ad arbitrium boni viri, id est, judicis, res redigi, constitutoque judicio pronunciatum corrigi potest, nimirum per ordinariam actionem vel exceptionem, d. l. societatem, & l. unde si Nervæ 79. ff. pro soc. adeoque etiam in contractibus stricti juris, d. l. si libertas. 3. ff. de oper. liberti. l. §. 1. de legat. 2. Donel. ad d. l. si quis 43. ff. de verb. oblig. n. 16. Bacchov. d. loc. ut frustra disputent Doctores in d. l. societatem quis itaque hic pro reductione adendum sit. Nihil itaque commune habent arbitratores isti cum arbitris compromissariis: nam neque arbitrium dicere, si nolint, coguntur; & tunc velut condicio contractus deficit, id est, non recurrit ad arbitrium alterius, quasi arbitrium boni viri electum esset, sed nihil actum esse in te ligatur d. l. si coita 75. ff. pro soc. d. l. ult. C. de contr. empt. d. l. si quis 43. ff. de verb. oblig. contra quam in testamentis, in quibus plenus voluntates interpretatur, l. 12. ff. de reg. jur. contrarium oblevetur, & sine is in cuius arbitrium legatum collatum est, arbitretur, sive arbitrari nolit aut non possit, semper legatum utile fit quasi collatum in boni viri arbitrium, l. 1. §. 1. ff. de legat. 2. l. 3. §. 1. C. comm. de legat. Sed neque arbitratores hi usquam dicuntur recepti, neque ad eos pertinet edictum pretoris de his qui arbitrum receperunt, ut sententiam dicant. Unde intelligimus, inanem quoque esse Interpretum disputationem quærentium quomodo & usque ad quod tempus reductio ab arbitramento ad arbitrarios peti possit, licet Bartolus in d. l. societatem. n. 22. dicat quæstionem hanc requirere decisionem Principis. Nam cum jus petendi reductionem à pravo & manifestè iniquo arbitratoris arbitrio ad arbitrium boni viri sit personale, & petatur per actionem ordinariam, consequens est illud jus non nisi tringenta annorum spatio præscribi, per l. 5. C. de præscr. 30. annor. A sententia autem arbitri compromissarii, quam barbaro vocabulo laudum appellant, reductio petenda est intra quendam dies, ut in appellatione

hieri debet, cujus ea reductio quaedam species est  
*l. pen. vers. fin. autem poss. fontium. §. de recept.  
 arbit.* Tractatur hæc questio apud Gail. *lib. 1.  
 obs. c. 150.*

## CAPUT XVII.

*An litis contestatio aliter, quam negativi  
 ex parte rei fieri possit?*

Antiquitas certæ actionum defensionum-  
 que formulæ à Iureconsultis erant com-  
 positæ, & §. deinde c. ff. de orig. jur. quas necesse  
 erat in iure apud prætorem præenuntiibus iurecon-  
 sultis à litigatoribus pronuntiari, quibus qui vel  
 syllaba deesset, causa cadebat, de quo ad  
 Pet. Fab. 1. *semest. 21. Ravard. c. 2. de aut. præ-  
 dent.* Negotio autem solemniter exposito, in id,  
 quod intendebatur respondebaturque, vel  
 vitio citroque adhibebatur, unde litis contesta-  
 tionis nomen, autem Festo in voce *contestari*  
*add. Cujac. lib. 9. obs. 21. Pet. Fab. 2. semest. 24.  
 Ravard. lib. sing. pro tribunali. c. 11. A magistru,*  
 qui aditus erat, exigebatur, ut iudicium conceperet,  
 & litigatoribus postulantibus daret, id est,  
 agendi potestatem faceret. Id perficiebatur hæc  
 formula iudicii reddita, siquidem ipse prætor  
 rem suæ cognitioni reservabat. *Si potest Titium  
 Mevio dare facere oportere, de eo iudicium est, quo  
 Titius condemnatur.* Quod si alium iudicem  
 prætor dabat, quod plerumque faciebat, pro his  
 verbis iudicium est, dicebat verbi causa, *Aquilus  
 Iudex esto, & Titium condemnato.* Reddebatur  
 autem iudicium eodem tempore quo lis contes-  
 tabatur, unde factum, utinam ius idem expri-  
 mant post litem contestatam & post iudicium  
 acceptum: nec ante contestatio pro iusta habe-  
 batur, quam iudicio esset incusa. Dato autem iu-  
 dice & iudicio ordinato utraque pars vicem de-  
 nuntiabat: ut ad iudicem datum veniret, & ad  
 eos, qui propter tribunal assistebant, hæc verba  
 pronuntiabant, *Testes esto, &c.* ilque verbis di-  
 cebantur actor & reus litem contestari. Apud  
 Prætorem igitur contestatio fiebat: iudicis au-  
 tem officium litæ demum contestata incipiebat,  
*l. si reus. 73. ff. de proc. de quo fufius Ravardus  
 ubi supra. Hæc monuisse vel eo conducit, ut  
 ratio loquendi, que inde nata est, intelligatur.*  
 Nam ut prætor iudicium dabat, reddebat, con-  
 sistebat, ita litigatores iudicium accipere, susci-  
 pere, suscipere dicebantur, cum potestatem fu-  
 ire agende à prætore impetissent, *l. 2. §. 3. l. 3.  
 l. sed. & §. 52. ff. de iudic.* Atque ex eo est, quod

iudicio dicitur contrahi, *l. 3. §. idem scribit, in ff.  
 de pecul.* Ceterum hæc formalium argutum  
 una cum actionum imperationibus pitem  
 sublatæ sunt: *tit. c. de form. & impetrat. act. su-  
 blat.* Testationis quoque solemnitatem etiam  
 multo ante sublata fuisse argui *l. un. C. de lit.  
 contest.* ut deinceps nihil ad rem pertinet, qui-  
 bus verbis quæ formula quis agat: dummo-  
 do verbis utatur apud & rei proposita convenien-  
 tibus; solaque maneat nunc litis contesta-  
 tio, quæ cedat pro iudicio dato & constituto,  
 cum iudex per narrationem negotii causa audita  
 decernit, ut in eam rem probationes effortantur,  
*d. l. unio.* quæ cum sit Severi & Antonini, appa-  
 ret jam tum veterem contestationem ut in usu  
 non fuisse.

Cum autem ad litis contestationem hæc re-  
 quirantur, propositio actoris, & ad eam propo-  
 sitionem responsio sive contradictio rei, *l. 1. pr.  
 C. de iurejur. propt. calumni. l. rem non novum.  
 24. §. 1. C. de iudic. rectè mihi sentire videntur,*  
 qui asserunt litis contestationem à parte rei non  
 aliter, quam negativè fieri posse. Nam cum in-  
 tentio actoris semper sit affirmativa, necessariò  
 sequitur litis contestationem, quæ in contradic-  
 tionem posita est, non nisi in negatione à parte  
 rei consistere posse. Ac prout verissimum est,  
 quod Vigel. *c. l. de lit. contest.* Obrecht. *c. 2. n. 16.*  
 docent, per simplicem confessionem rei nunquam  
 induci posse litis contestationem, quoniam ubi  
 lis non est, nec fingi potest litis contestatio, nisi au-  
 tem esse non potest, nisi unassilmet, aliter negat.  
 Denique qui ultra se hosti dedit, certare velle dicit  
 non potest, itaque nihil hic restat, quam ut iudex  
 contentem solvere iubeat, & ad id terminum  
 statuat, ut bene *Salic. in d. l. un. C. de lit. cont. a. 10.*  
 Dixi autem per confessionem simplicem: secus  
 enim est si confessio implicitam habeat vel præ-  
 sumptivè securam & reservatam contradic-  
 tionem, veluti si confessus nihilominus ad ulterio-  
 ra procedi postulet.

Obijcit hic nobis *d. l. 2. C. de iurejur. propt.*  
*cal. dand.* ubi ad litis contestationem desideratur  
 duntaxat narratio actoris & responsio rei: unde  
 colligunt qualemcumque responsum rei ad li-  
 tem contestandam sufficere, sive ea in affirman-  
 do, sive in negando consistat. Sed hanc collec-  
 tionem quis pro bona accipiat, & non potius  
 dicat talem ubi intelligi à parte rei desiderari  
 responsum, qualem litis contestatio & contra-  
 dictio exigat? Fallitur quoque *Gadd. in l. litis  
 36. ff. de verb. sign. dum per objectionem excep-  
 tionis confessioni subjactam litis contestatio-  
 nem affirmativè à reo fieri putat, veluti si dicat,  
 fateor, sed pactus es, ne peras: talis enim ob-  
 jectio quæ ipsa in se continet debiti & intentum ob-*

jectionem si quidem negatio aut affirmatio  
 non ex verbis rei, sed ex intentione actoris in  
 proposito admittenda est. Quid quod nec per  
 simplicem exceptionis objectionem videtur in-  
 duci litis contestatio, per *c. 1. l. 2. de lit. con-  
 test.* in 6. Nam utique lis omnis & omne certa-  
 men in contradictione consistit: nuda autem  
 exceptionis objectio contradictionem non patit-  
 ur: quantum utrumque verum esse potest, &  
 quod actor interdicit sibi deberi, & quod reus ex-  
 cepti, pactum intervenisse. Planè si actor hic non  
 consistat, sed replicando se pactum esse neget,  
 jam quidem hic certo contestata est, & quidem  
 affirmante reo, actore negante; sed hic reus ex-  
 ceptio quæ certo contestata est, & quidem  
 replicando & negando rei. *l. 1. ff. de except. l. in  
 exceptionibus. 19. ff. de probat.* Sed & si reo ex-  
 ceptio actor potèd in causa procedi postulet,  
 factus eo ipso exceptioni rei contradicere videtur,  
 & quod à reo dictum est, resolvitur in puram  
 negotiationem: atque hæcenus eorum sententia  
 detendi potest, qui statuant per objectionem ex-  
 ceptionis introduci litis contestationem. Illud  
 omni dubio caret, per objectionem exceptionis  
 quam vocant deficientis actionis statim induci  
 litis contestationem: veluti si reus confiteatur  
 quidem actionem aliquando actori competisse,  
 sed eam nunc ei competere neget, quia actio ipso  
 iure sublata sit, pura solutione, acceptatione, rei  
 interitu: ceterum talis allegatio propriè exceptio  
 non desultoria non est, sed inficiatio cum no-  
 vi facti affirmationem conjuncta: inter quam &  
 simplicem inficiationem hoc tantum interest,  
 quod simplex inficiatio nihil aperte in iudicium  
 deducit, neque ulla hic incumbit neganti proba-  
 tio. In conjuncta autem novi illa facti affirma-  
 tio in iudicium deducitur, ac prout à reo pro-  
 bandæ est, *l. 1. C. de probat.* sed litis contesta-  
 tionem sequè inducit, ne simplex illa & mera facti  
 inficiatio, qua principaliter ed spectat, ut  
 ostendatur verè negare reum actionem actori  
 competere, in quo omnes Interpretes conve-  
 niunt.

## CAPUT XVIII.

*An in controversiis de possessione aut rei  
 proprietate solus locus rei sit forum com-  
 petens, an verò & locus domicilii rei?*

Inter condiciones idonei Iudicis una est, ut sit  
 competens. Competentem Iudicem sic gene-  
 raliter definimus, cujus de ea re, de qua agitur,  
 non potest, & prout apud quem quis agere  
 vel convenire debeat, sive cujus sit forum com-  
 petens, hoc est, litigatorum proprium: Forum  
 autem competens aut est partium consensu &  
 prorogatione jurisdictionis, aut ex sola juris au-  
 thoritate. De foro ex consensu partium sunt textus  
 in *l. 1. & 2. ff. de iudic. l. si conveniet 18. ff.  
 de jurisd.* Juris auctoritate & inivus quisque fo-  
 rum sortitur, tum ubi domicilium habet, tum  
 ubi contracta est obligatio aut crimen commis-  
 sum, tum ubi res sita est, de cujus possessione  
 aut proprietate agitur, *l. heres 19. §. 1. 2. & ult.  
 ff. de iud. l. 2. C. de jurisd. l. ult. C. ubi in rem  
 act. l. un. C. ubi de poss. l. un. C. ubi d. hered. l. 1. &  
 l. 2. C. ubi de crim.* Igitur etiam res, ut dixi, si de  
 ejus possessione aut proprietate agatur, subjicit  
 possessorem jurisdictioni ejus Iudicis, in cujus  
 territorio res sita est, quamvis neque domicilium  
 ibi habeat, neque ibi contraxerit, *d. l. un. C. ubi de  
 poss. d. l. ult. C. ubi in rem act.* Hic enim non  
 tam personæ, quam rei ratio habetur; & ideo  
 quoque superiorem eodem respectu inferioris  
 jurisdictionem subire, & Academicum de re in  
 loco studii sita conventum ad Rectorem revoca-  
 care non posse plerique tradiderunt, *Monach.  
 pp. Jul. p. 2. c. 6. nu. 60. Vult. ad l. un. C. in quib.  
 ex. milit. pp. pref.* eandemque ratione receptum  
 est, ut ex hæc causa etiam clericus coram iudice  
 seculari conveniri possit, *Gail. 1. obs. 37. n. 41.  
 Myning. 1. obs. 22.*

Sed quaeritur, an præter illum locum, ubi res  
 sita est, sit etiam alius ubi quis de possessione aut  
 proprietate actus conveniatur, nimirum locus  
 domicilii. Et si quidem de possessione, ut de ea  
 primum dicam, momentaneo processu, qui ex-  
 traordinarius est, agatur, veluti in casu *l. si ca-  
 lioni. 14. C. de agris. & const. lib. 11.* aut simili,  
 vix crediderim locum esse alium, qui forum tri-  
 buat, quam rei sitæ, eo quod processus ille  
 momentaneus ob id instituitur, ne partes ad arma  
 deveniant, quod solet fieri in ipso loco, ubi  
 res de cujus possessione contenditur, sita est, &

ne fiat, solius iudicis, in cuius territorio sita est, interest. At verò si ordinario processu de possessione agatur, probare communem doctorum sententiam existimantium etiam alibi quam in loco, ubi res sita sit, de possessione agi posse, nimirum eo in loco ubi conveniendus habet domicilium, idque loco etiam invito, ut auctori facultas sit eligendi utro loco rem convenire volet, quamquam actuali possessione nemo nancisci, nisi in loco rei si potest, l. 1. §. pen. ff. de acq. her. l. un. pr. C. ubi de hered. ag. adde quæ Greeneweg. tract. de leg. abrog. ad tit. C. ubi de poss. A. que hæc sententia tot locis probatur, quot legitimus domicilium tribuere cuique forum competens & auctorem sequi forum rei, quacumque actione agatur, ut disertè rescriptum est in l. ult. C. ubi in rem act. id autem semper habet reus in loco domicilii. Unus ferè Donellus l. 27. com. c. 7. ab hæc sententia recessit contendens non solum de possessione in loco, ubi res est, agi posse, sed etiam ibi agi debere, si reus ibi secum agi possit: solum hunc locum necessitati subiiciens; locum autem domicilii reiciuens, non ut Interpres communiter, arbitrio auctoris, sed rei, arg. l. un. C. ubi de poss. Sed ad istam legem bene responderet vulgò, loqui eam duntaxat de foro proprio & speciali, ac proinde per istum textum non excludi forum omnium actionum commune, in quo scilicet, quisque conveniri potest quacumque ex causa, quale tribuit locus domicilii, l. 2. C. de iurisdic. l. ult. C. ubi in rem act. Sic in l. un. C. ubi fideicommissi. per. dicitur fideicommissum ubi petendum esse, ubi hereditas relicta est, non quod alio loco peti non possit; sed quia eo loco conventus agenti præscribere non potest, l. si fideicommissi. §. ult. cum l. seq. ff. de iurisdic. Objicit Donellus & difficultatem quandam, atque incommodum quod circa executionem sententia lata ab alio Iudice, quam cuius in territorio res sita sit, patit; quam eandem difficultatem movet & in articulo sequenti cum de rei proprietate contenditur, ubi ad eam respondendum.

In controversiis quoque de proprietate five actionibus in rem speciale forum tribuit locus, in quo res, de quarum proprietate lis est, constituta sunt, quamvis possessor ibi domicilium non habeat, l. ult. C. ubi in rem act. Est autem & hic constant ferè omnium Interpretum sententia, posse pro arbitrio petitoris actionem in rem moveri vel in loco domicilii p. fessoris, ut foro omnium actionum commune, constituta sunt, per text. express. in d. l. un. C. ubi in rem act. l. un. C. ubi de her. ag. Fac. l. 10. cum seq. ff. de rei

vind. Sed hic item Donellus, ut nunc loqui amant, singularis est, assertens in actionibus in rem nullam domicilii rationem haberi; sed rem tantum esse forum rei, locum scilicet ubi sita sunt, ibi rem conveniendum esse, ibi defendere debere; conveniunt in loco domicilii non cogi iudicium pati. Dicitum autem textum in l. ult. C. ubi in rem act. cavillatione quadam eludere conatur; eo quod Imperatores ibi non simpliciter permittunt actionem in rem moveri, ubi res constituta est, sed moveri iubent, quasi verbis istis necessitatem ibi agendi imponant. Si hoc unum iuberent Imperatores, rectè argumentaretur Donellus: sed cum vel ipse factus duo iubeant, primum auctorem rei forum sequi debere quacumque actione experitur, sive in rem sive in personam, atque per hoc forum eodem quodque fatente non aliud intelligi posse, quam quod reus sortitur ex loco domicilii sui. Deinde si in rem agatur, etiam ibi ubi res constituta est, agi iubeant, vers. sed & in locis d. l. ult. qui nec videtur duo diversa loca ab Imperatoribus poni, quibus in rem actio moveri queat, & forum possessor fortitatur, locum domicilii, quasi forum commune actionum omnium & locum rei sitæ, ut forum actionum in rem propriam. Præcipuum autem opinionis huius fundamentum ponit Donellus in l. quod legator 38. ff. de iud. & sanè apertè Juriconsultus ille ait, si per in rem actionem legatum petatur, ibi peti debere, ubi res est: sed non dubito, quin id speciale sit in re legata, eo quod legatario sufficere debeat, si hæres, à quo legati præstanti necessitas non capiet, eo in loco ubi res est, offerat solutionem, de qua etiam & ipsa rei legata præstantio præcipue Juriconsultus tractat ut, proinde non male responderi posse videtur, id quod Juriconsultus ait: etiam ibi peti debet, ubi res est, vim & effectum solutionis respicere: quia si alibi petatur, hæres tamen eo loco, ubi res est eam solvere potest, quamquam alii alter. Accurat. in d. l. 38. Duar. ad tit. de iurisdic. c. de for. compet. Hotom. lib. 3. obs. 7. Euse Vultej. ad l. un. C. ubi fideic. per.

Quæ porò hic incommoda Donellus obicit, nimirum facile evenire posse, si possessor in loco domicilii conventus, iubeatur rem que alibi sita sit, restituere, ut nova lite pro rei executione opus sit, ea obiectio non est magni momenti. Nam præterquam quod omnes magistratus inferiores mutui sibi operam præstare debent, considerare debuit Donellus, incommoda hæc non tam esse possessoris, cui etiam commodus esse solet in loco domicilii sui conveniri, quam petitoris, qui sibi imputare debet, quod maluit

maluit cum incommodo suo agere in loco domicilii possessoris, quam rei sitæ. Quid quod idem incommodum etiam in actionibus in personam metui potest, in quibus & ipsis plurimæ res aliquid præstantia venit, & quæ ob eandem causam & ipsæ in loco rei sitæ duntaxat litentari deberent. Postremò, quod apprime notandum, non est ex ratione Juris Romani in iudiciis realibus ordinaria hæc procedendi atque exequendi via, ut possessori restituere iudico, nec parenti res ipsa manu militari auferatur: sed ut damnetur, quanti petitor in litem juraverit, l. ejus rei. 46. & l. seq. ff. de rei vind. l. 1. tutor. 8. ff. de in lit. jur. quamvis id moribus Gallie & nostris vix observetur, Zypæ. in not. jur. Belg. de jurejur.

## CAPUT XIX.

An querela inofficiosi testamenti sit species petitionis hereditatis?

Testamentum inofficiosum est, in quo liberi aut parentes, aut fratres & sorores contra officium pietatis vel exhereditati sunt immisitò, vel immisitò præteriti; modo testamentum jure constituta, & nec his debita legibus portio relicta sit. Quod testamentum ut inofficiosum acculare possunt, & postulare, ut id tanquam tale rescindatur, qui iniquè se exhereditatos aut præteritos queruntur hoc colore quasi non sanæ mentis fuerit, qui testamentum operatus sit, l. 2. l. 5. §. 1. l. Titia 13. ff. de inoff. testam. & pr. Inst. eod. ac promit quasi testamenti fiduciam non habebat, l. qui repudiavit, 17. §. 1. ff. eod. qui color hic qualisvis fuit, non sanè hominis testamentum impugnavi videtur contra auctoritatem legis & doctrine tabularum, que liberam undequaque testandi potestatem patrifam. concedit. l. verbis. 120. ff. de verb. sign. per Justin. de leg. Fate. Pro eodem autem dicunt veteres, agere, qui de inofficio, arguere, acculare, dicere inofficiosum, que legibus passim in tit. hujus argumenti obvia, ut & nomina querelæ, actionis, accusationis: nullo tamen nomine crebrius hoc iudicium designatur, quam querelæ. Quid ergo est hæc querelæ & ipsa actio? Sanè est, licet plerique statuant non esse, sed remedium aliquod ad actionem separatum, sive implorationem tantum officii iudicis nobilis, ut loquuntur, eo pertinetur ut testamentum rescindatur, quo rescisso demum agi & hereditas vindicari queat. Sed non est, quod dubitemus affirmare, quod tot locis scri-

Vinnii Quæst.

ptam est, querelam ipsam actionem seu petitionem esse, perque eam, si impugnavi testamentum, ut simul vindicetur hereditas. Qui dicit inofficiosum, eum Papinianus ait, hereditatem petere, l. 8. §. quantam 8. ff. de inoff. testam. Scævola petitionem hereditatis exercere, l. qui de inofficio 120. ff. eod. Paulus in l. eum qui 21. §. 2. ff. eod. ait per querelam inofficiosi evinci hereditatem. Ulpianus vindicari facultates, l. si instituta 27. §. 3. eod. Trigonius filium exhereditatum ex causa querelæ inofficiosi movendas admitti ad petitionem hereditatis l. per. ff. de bon. poss. cont. tab. Imperatores Severus & Antoninus ex causa inofficiosi testamenti hereditatem peti, l. 3. C. de petiti. hered. Justinianus hereditatis petitionem ex nomine de inofficioso constituit, l. si quis filium 34. C. de inoff. testam. Atque hinc est, quod is, qui querelam moturus est, agnoscere debet bonorum possessionem litem ordinandæ gratia, l. 6. §. ult. l. 7. l. 8. pr. ff. eod. l. 2. C. eod. hoc enim alio pertinet, quam ut is, qui ex causa inofficiosi hereditatem peti, hæres esse videatur: quamquam in suis hereditibus hæc possessio non est necessaria, uti nec actio, d. l. 7. junct. l. in suis. 14. ff. de suis & legit. de quo consule Vigil. ad rubr. & §. 1. Inst. de inoff. testam. Duar. c. 8. ad eund. tit. Govean. lib. 1. var. lect. c. 1. Quamobrem si quis à me petat ut quid sit querela inofficiosi testamenti, obiter desinat, dicam esse speciem petitionis hereditatis, qua & testamentum rescindi postulat, & simul vindicatur hereditas, tanquam ab intestato delata cum Duar. d. loc. c. 10. Vigil. ad d. rubr. n. 6. Donel. 19. com. 3. Vaud. 2. var. quæst. 24.

Communis verò interpretum notiorum schola existimat, querelam esse iudicium preparatorium, quo aditus patet ad iudicium universale seu petitionem hereditatis: sit actio ad exhibendum preparatoria est rei vindicationis; acque ita duo hic esse iudicia, quorum alterum scilicet querelæ, præcedat, alterum petitionem hereditatis sequatur, quod verum non est: siquidem effectus illius inofficiosi causa est, ex qua vindicatur hereditas, l. 3. C. de petiti. hered. hæres duo hic iudicia sunt, sed unum, quod & testamentum impugnavit, & simul peti hereditas, sicut per actionem utiucipionis rescissoriam & utiucipio rescindi petitur, & simul res vindicatur, quo de differunt, cap. 10. Equidem fateor, querelam in multis differre à petitione hereditatis simpliciter, de qua agitur, l. 3. C. de petiti. hered. sed ex eo non sequitur, per eam non peti hereditatem, aut eam speciem petitionis hereditatis non esse. Proferuntur autem duo potissimum argumenta quibus effectus videtur querelam inofficiosi testamenti, petitionem hereditatis non esse: qua

(B)

qualia sint, videamus. Primum tale est; Petitio hereditatis datur solum adversus eum, qui cum hæres non sit, pro hærede prove possessorie possidet, nunquam adversus hæredem, eumve, qui pro hærede est, bonorum puta possessorem aut fideicommissarium, l. 9. *de seqq. ff. de hered. petit.* At querela datur adversus hæredem scripturæ, contra fideicommissarium, cui restituta est hereditas, l. 1. *C. de inoff. test. contra præteritum qui accepit bonorum possessionem contra tabulas, l. pen. ff. de bon. poss. cont. tab. Respondeo, scripturam testamenti inofficioso hæredem, hæredem non esse, utique cum eo agi non tanquam cum hærede, sed tanquam qui hæres non sit, utpote scriptum ab eo, qui testamenti factionem non habuisse iudicatur, l. qui repudiavit 17. ff. de inoff. testam. & proinde eum teneri, quasi pro hærede aut pro possessore possideret, ut dicitur ab Imperatoribus Severo & Antonio responsum esse de eo, cui ex testamento inofficioso restituta est hereditas, l. C. *ead. tit.**

Alterum argumentum est huiusmodi: Omnis petitio hereditatis agit ex testamento, aut ex causa intestati, l. 1. *l. 2. l. 3. ff. de hered. petit.* Querela autem inofficiosi ex neutra causa est: non ex testamento, quia datur ut, qui testamentum exhaustum sunt: non ab intestato, quia quando testamentum extat, & ex eo adiri hereditas potest, causæ intestati non est locus, l. quando 39. ff. de acq. hered. Sed quid hic respondendum sit, patet ex responsione ad objectionem præcedentem, nimirum querelam inofficiosi esse petitionem quandam hereditatis delata tanquam ab intestato: quia præteritus color demeritæ testatoris, qui ob id testamenti faciendi non habuerit: uti & reversa si iudex testamentum inofficiosum esse pronuntiaverit, res ad causam intestati redit, retroque versus omnia perinde habentur, ac hereditas nunquam adita fuisset, l. 6. §. 1. *l. cum qui 23. §. 2. ff. de inoff. test.* Stet igitur hæc sententia querelam etiam ipsam actionem esse, & nimirum speciem quandam petitionis hereditatis, qua vindicatur hereditas tanquam ab intestato delata ex causa inofficiosi testamenti. Atque cum hac sententia serè vi ipsa convenit, quod Joan. Fab. & alii ad *pr. Inst. d. tit.* notant, posse querelam cum petitione hereditatis cumulari. Obiter addo, posse & per modum contradictionis seu per exceptionem, querelam induci, veluti si exheredatus sit in possessione hereditatis, & hæres scriptus hereditatem petat, l. 8. §. si filius 13. ff. *ead. tit.* adeoque & liberum esse exheredato simpliciter petitione hereditatis experiri, argue ita querelam inducere per modum replicationis. Paul. *lib. 4. sent. tit. 5. & ibi Cujac.*

Illud non est magni momenti, quod quidam ex eo, quod petitio omnis ex causa peculii profectiui aut adventitii filio competens, patri datur etiam filio invito, l. 8. §. 3. *C. de bon. que lib. querelam autem pater filii nomine instituire non possit, l. 8. pr. ff. de inoff. testam.* colligunt, querelam non esse actionem aut petitionem. Nam huius rei peculiaris est ratio, quia querela non competit nisi filius cuius solius iniuria est, d. l. 8. in *pr.* offendat sibi displicere factum parentis, à quo exheredatus est, & idem invito filio, non magis pater queri potest, quam invitum cogere, ut hereditatem adeat; adde, quod querela remedium est extraordinarium, & quodammodo odiosum: ac proinde tale, quod persona exheredati cohareat. Daur. *cap. 3. tit. de inoff. test.*

## CAPUT XX.

## An in querela inofficiosi locus sit editio successorio?

Edictum successorium est, cum liberis, qui primo loco ad successionem vocantur; repudiantibus admittuntur legitimi, & rursus his repudiantibus cognati: item cum repuliantem proximiorie agnato vel cognato admittitur sequens, l. 1. §. quibus 10. *et §. seq. ff. de iureff. edit.* Est autem huic editio locus in bonorum possessione deferenda, ubi tabulæ testamentum nulla extant, & ab intestato defertur hereditas, de quo, d. *tit. de success. edit.* & præcipue d. l. 1. §. 10. *et l. 1. et l. 2. C. *ead.** Queritur autem, an huic editio successorio etiam locus sit in querela inofficiosi testamenti, hoc est, an sis, qui prior admittitur ad accusandum, nolit aut non possit accusare, sequens admittatur. Et placuit admitti, ut successioni sit locus, teste Paulino l. *pen. pr. ff. de inoff. test.* & talis casus est, qui deciditur in l. neptem. 7. *C. *ead. tit.** Cæterum hoc in iis tantum procedit, qui si eos nemo ordine aut gradu præcessisset, statim citra ullum editum successorium querelam movere potuissent, si videlicet exheredati fuissent, aut præteriti, nemine eos præcedente in causa successione ab intestato. Igitur hi præterito exheredatove, qui præcedebat, agere nolente, aut non valente, victivæ, admittuntur accusationem ordine successorio esse propria sua persona proprieque iure suo. Exemplum habemus in l. *pater. 14. ff. *ead. tit.** ubi proponitur casus huiusmodi. Pater filium emancipavit, & nepotem ex eo in potestate retinuit. Emancipatus suscepto postea filio, utroque filio ex-

heredato, patre præterito decessit. Hic ordo postulat, ut primo loco ad querelam admittantur filii: Quod si illi non querantur, vel questi in iudicio succumbant, succedit pater, atque intentio ejus, quæ antea in sulpono erat, impletur. In hoc enim & similibus casibus, qui præcedebant obstantique, ne sequens ordo aut gradus ad accusationem admittetur, jam pro mortuis habentur, & paria habentur non extare, & extare quidem, sed queri amplius non posse. Non obstat quod hæres scriptus jam sententia iudicis declaratus sit hæres: nam id verum quidem est ratione primi accusantis: sed sententia illa inter alios ius non facit. l. *sape constitutum 63. ff. de re iud. et tot. tit. C. *res int. al. ad. vel iud. al. non not.** Sed nec illud obstat, quod nepos in querela contra patris testamentum præfertur avo, ejusque causa potior est, unde dicendum videatur, si scriptus à patre hæres vicit filium defuncti, eundem magis debere vincere patrem esse, per regulam: Si vincit vincens te, multo magis vincit te. Etiam non eodem hic est vincendi ratio. Filius quidem defuncti potior est avo suo defuncti patre in eo, quod in functione ab intestato prior est causa liberorum. At filius iudicio victus est, quia iuste exhereditatus iudici victus, quem oportet non minus bene merito avi perpendere, quam delicta & male merito nepotis, quæ avo nocere æquum non est, arg. l. 3. §. si emancipatus ff. *de bon. poss. cont. tab.* Similiter & fortiori quidem ratione, arg. l. nam *et si 15. pr. ff. de inoff. test. l. 7. §. 1. unde lib. si filius à patre exheredatus querelam repudiaverit, aut ex illicita iudicio victus sit, aut quomodo agere non possit, nepos ex eo natus admittitur ad querelam ex propria sua persona, l. *pen. pr. ff. de inoff. testam. d. l. 3. §. emancipatus. s. in fine. ff. de bon. poss. cont. tab. arg. l. 7. ff. de his qui sui vel al. jur. nec hic spectari debet an jam nata fuerit querela filio, an vero ante querelam delatam decesserit: quoniam nepos non ex ea succedit que filio delata est; sed ex persona propria: eodem planè modo, quo filio deficiente vel repudiante ex successorio edito ad bonorum possessionem unde liberi admittitur nepos, l. 1. §. quibus 10. ff. *de iureff. editio.***

Cæterum non caret hæc postrema species omni scrupulo. Obijcit primum l. *si quis posthumus. §. 2. ff. de lib. her. et poss. inst.* ubi Paul. scribit, si filium exheredatove, nepotemque ex eo præterito & extraneum hæredem scripsero, & filius post mortem meam licet ante aditam hereditatem decesserit, nepotem succedendo non ruptum testamentum, & ita Julianum, Pomponium & Marcellum respondisse; idemque in nepote posthumo præterito & filio exheredato juris esse

Ulpianus auctor est, nempe hunc nepotem filio post mortem patris deliberate hærede instituto de adeunda hereditate defuncto, testamentum avi agnoscendo non rumpere, l. 6. *pr. ff. de inoff. test. irr. test.* Inique hic filius exheredatus obstat nepoti præterito: & obstat, ut Papinianus ait, iure testati, quamvis nihil obstat, iure intestati, id est, quominus hic nepos scripto hærede repudiante atque ita testamentum delitutum ab intestato suus hæres avo exiit, l. *scripto 7. ff. unde liberi. d. l. 6. pr. vers. plane si ff. de inoff. test. sup. l. 1. §. sciendum 8. ff. de ius et legis. her. §. cum autem. 7. et seq. Inst. de her. que ab intest. Respondeo, obstat filius nepoti in casibus supra memoratis, ne nepos præteritione sui rumpat testamentum avi, id est, ne nepos agnoscendo aut quasi agnoscendo ipso iure testamentum avi evertat, quantumvis natus ex filio suo hærede à patre exheredato. Atque ita procedunt loci modo citati. Et sic etiam nepos ex filio emancipato eoque exheredato natus ob filii præteritionem non admittitur iure præterito ad bonorum possessionem contra tabulas, l. 4. §. 1. *ff. de bon. poss. cont. tab.* Quippe hic filio, qui exheredatus est, satisfactum est, valeoque ipso iure testamentum, est nepos præteritus sit: nec scripto testamentum de adeunte potest nepos in locum sui hæredis succedere, ex capite secundo legis Velleæ, quoniam mortis tempore cum filius præcessit, l. *Collus. 29. §. sequenti 13. ff. de lib. et poss. l. si quis filium 34. C. de inoff. test.* nec ad bonorum possessionem contra tabulas admitti; quia præterito nepotis hoc casu pro exheredatione est, & præterito exheredatus non agnoscit, d. l. 4. §. 1. *Inst. l. 8. pr. ff. de bon. poss. cont. tab.* Atque querela huic nepoti non denegatur, quando filius queri aut non vult, aut non potest: quippe hic admittitur nepos ex edito successorio, quantum ipse immerito præteritus est: quo casu testamentum quidem valet, quia præterito ista vice exheredationis est: cæterum admittitur ad querelam, quæ datur adversus testamentum ipso iure validum: & licet per exheredationem filii satisfiat formæ & solemnitati internæ, quæ iure civili ad sustinendum testamentum sufficit, non tamen satisficit iuri naturali, non pietati, non officio paterno vel avito. Neque vero hæc adversus fuit, testamentum non rumpi, & tamen contrarius id, ut inofficiosum, dari querelam: ut enim querela competat, necesse est testamentum non rumpi, §. 2. *Inst. de inoff. test.* Facilius verò querela datur, quam testamentum rumpitur: ratio est, quia rupti testamenti sui statim vitiatum, nec ex eo locus unquam patet scriptis hereditibus. At potest querela competere: ut tamen nihilo magis testamentum rescindatur.*