ARNOLD

VINNII, I.

PRÆSTANTISSIMI

IN QVATVOR LIBROS

INSTITVTIONVM

IMPERIALIUM

COMMENTARIVS

Academicus & Forensis.

Editio novissima & emendatissima, Authoris NOTIS *antea seorsim impressis aucta & adornata, duobus distincta Tomis.*

TOMUS PRIMUS.



Ministerio de Cultura 2024

IPNII
Super
Institu.
. 1 .

Ministerio de Cultura 2024

ARNOLD VINNII, I.

PRÆSTANTISSIMI IN QVATVOR LIBROS INSTITVTIONVM IMPERIALIUM COMMENTARIVS

Academicus & Forensis.

Editio noviſſima & emendatiſſima, Authoris NOTIS *antea ſeorſim impreſsis aucta & adornata, duobus diſtincta Tomis.*

TOMUS PRIMUS.





Ministerio de Cultura 2024

LECTORI E VDI

ACcipe Lector, D. ARNOLDI VINNI I. C. Hac ætate præclariſſimi Commentarium in Inſtitutiones Imperiales, accipe ſimul & Notas ejuſdem Authoris, (quæ anteà ſeorſim lucem viderunt,) nunc attentè, & ſedulò in hac editione Antverpienſi ipſum Commentarium præeuntes. Noſti quanto plauſu exceptus: ſed jam cùm opus meliorem digeſtum eſt in ordinem, majoriſque curâ, quàm anteà concinnatum; eum avidiùs accipies? Sanè Authori non detrahendum, (licet de laudatiſſimo Viro ſilere velim) quod reliquos omnes, quicumque Inſtitutiones illuſtrarunt, elegantiâ, & varietate doctrinæ, ubertateque utilitatis ſuperavit: Nempè, cum docta brevitate, & verbis minimè trivialibus omne punctum tulit, brevis eſſe ſimul & planus. Dijudicabis LECTOR ERUDITE, nec pigebite Librum tam emeritum evolvere ſæpiſſimè. Hoc monitum te voluit H. V. Typographus Antverpienſis.

Ministerio de Cultura 2024

APPROBATIO.

Arnoldi Vinnij in Quatuor Libros Institutionum Commentarius Academicus & Forensis, cum Notis Authoris imprimi poterit, cùm nihil contineat Catholicæ & Ortodoxæ fidei contrarium, Actum Antverpiæ 27. Februarij 1690.

P. van Halmale Can. Ecclesiæ
Cath. Antv. & Librorum Censor.

SUMMA PRIVILEGII.

CAROLUS Dei gratiâ Hispaniarum & Indiarum &c. Rex Catholicus, Archidux Austriæ, Dux Burgundiæ, Brabantiæ, &c. Serenissimus Belgarum Princeps, diplomate suo sanxit, ne quis præter Viduæ HIERONYMI VERDUSSII, Typographi Antverpiensis voluntatem, Librum, cui Titulus ARNOLDI VINNII Commentarius ad Institutiones Imperiales, ullo modo in Belgio intra novem annos proximos imprimat, aut alibi terrarum vel locorum impressum in has Inferioris Germaniæ ditiones importet, venalémve habeat. Qui secùs faxit, præter exemplarium confiscationem triginta florenorum Rhenensium pro unoquoque exemplari persolvendorum pœnâ multabitur, uti latiùs patet in litteris datis Bruxellæ die 7. Iunij 1690.

Signat.
LOYENS.

INDEX

Ministerio de Cultura 2024

INDEX

Librorum, & Titulorum Institutionum Imperialium Alphabeticus.

Numerus primus, Librum; Secundus, Titulum; Tertius, paginam significat.

A

De Acquisitione per arrogationem. Lib.3. Tit.11.pag.685.
Actionibus. 4.6.914
Ademptione Legatorum. 2.21.560
Adoptionibus. 1.11.79
Adsignatione Libertorum. 3.9.671
Attiliano Tutore, & eo qui ex Lege Iulia, & Titia dabatur, 1.20.117
Auctoritate Tutorum. 1.21.123

B

Bonorum possessionibus. 3.10.673

C

Capitis Deminutione. 1.16.109
Codicillis. 2.25.594
Curatoribus, 1.23.130.

D

Divisione stipulationum. 3.19.741
Donationibus. 2.7.292
Duobus reis stipulandi. 3.17.734

E

Emptione, & Venditione. 3.24.787
Eo, cui Libertatis causa bona Addicuntur. 3.12.688
Exceptionibus. 4.13.1023
Excusationibus Tutorum; vel Curatorum. 1.25.141
Exhæredatione Liberorum. 2.13.379

F

Fideicommissarijs Hæreditatibus, & ad Senatusconsultum Trebellianum. 2.23.570
Fidejussoribus. 3.21.772.
Fiduciaria Tutela. 1.19.116

G

Gradibus Cognationum. 3.6.659

H

Hæredibus instituendis. 2.14.396
Hæreditatibus, quæ ab intestato deferuntur. 3.1.603
Hæredum qualitate, & differentia. 2.19.479
His qui sui vel alieni Iuris sunt. 1.8.50

I

Ingenuis. 1.4.37
Injurijs. 4.4.898
Inofficioso Testamento. 2.18.461
Interdictis. 4.15.1037
Inutilibus stipulationibus. 3.20.745
Ijs per quos agere possumus. 4.10.1010
Iure naturali, gentium, & Civili. 1.2.12
Iure personarum. 1.3.32
Justitia, & jure. 1.1.5

L

Legatis. 2.20.496
Lege Aquilia. 4.3.888
Lege Falcidia. 2.22.562
Lege Fusia Caninia tollenda. 1.7.49
Legitima Agnatorum successione. 3.2.626
Legitima Agnatorum Tutela, 1.15.106
Legitima parentum Tutela. 1.18.115
Legitima Patronorum tutela. 1.17.114
Libertinis. 1.15.39
Litterarum Obligationibus. 3.22.781
Locatione, & Conductione. 3.25.805

M

Mandata. 3.27.828
Militari Testamento. 2.11.358

Noxa-

Ministerio de Cultura 2024

N

Noxalibus Actionibus. 4.8.1005
Nuptijs. 1.10.59

O

Obligationibus. 3.14.693
Obligationibus ex Consensu. 3.23.786
Obligationibus, quæ quasi ex contractu nascuntur. 3.28.841
Obligationibus, quæ ex delicto nascuntur. 4.1.865
Obligationibus, quæ ex quasi delicto nascuntur. 4.5.910
Officio Iudicis. 4.17.1057

P

Patria potestate. 1.9.54
Pœna temerè litigantium. 4.16.1050
Perpetuis, & Temporalibus actionibus, & quæ ad Hæredes, & in Hæredes transeunt. 4.12.1018
Per quas personas cuiq; acquiritur. 2.9.317
Per quas personas obligatio acquiritur. 3.29.850
Publicis Iudiciis. 4.18.1066
Pupillari substitutione. 2.16.426

Q

Quibus alienare licet vel non. 2.8.305
Quibus ex causis manumittere non licet. 1.6.45
Quibus modis jus Patriæ potestatis solvitur. 1.12.88
Quibus modis re contrahitur obligatio. 3.15.702
Quibus modis Testamenta infirmantur. 2.17.447
Quibus modis tollitur obligatio. 3.30.852
Quibus modis Tutela finitur. 1.22.126
Quibus non est permissum facere testamentum. 2.12.368
Qui Testamento Tutores dari possunt. 1.14.102
Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur. 4.7.995

R

Rebus corporalibus, & incorporalibus. 2.2.235
Replicationibus. 4.14.1033
Rerum divisione, & acquirendo ipsarum dominio. 2.1.160

S

Satisdatione Tutorum, & Curatorum. 1.24.136
Satisdationibus. 4.11.1012
Senatusconsulto Orficiano. 3.4.644
Senatusconsulto Tertylliano. 3.3.637
Servili Cognatione. 3.7.663
Servitutibus rusticorum, & urbanorum prædiorum. 2.3.238
Singulis rebus per fideicommissum relictis. 2.24.589
Si Quadrupes pauperiem fecisse dicatur. 4.9.1008
Societate. 3.26.817
Stipulatione servorum. 3.18.739
Successione cognatorum. 3.5.647
Successione libertorum. 3.8.667
Successionibus, quæ fiebant per bonorum venditiones, & ex Senatusconsulto Claudiano sublatis. 3.13.691
Suspectis Tutoribus, vel Curatoribus. 1.26.153

T

Testamentis ordinandis. 2.10.330
Testamento militari. 2.11.338
Tutelis. 1.13.98

V

Verborum Obligationibus. 3.16.728
Vi bonorum raptorum. 4.2.88.5
Vsucapionibus, & longi temporis præscriptionibus. 2.6.276
Vsu, & Habitatione. 2.5.268
Vsufructu. 2.4.253
Vulgari substitutione. 2.15.416

Ministerio de Cultura 2024

ARNOLDI VINNII, I. C.

IN LIBRUM PRIMUM INSTITVTIONVM IMPERIALIUM COMMENTARIVS

Academicus & Forensis.

CVM NOTIS AD TEXTVM.

PROOEMIVM

De Confirmatione Institutionum.

IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU CHRISTI.

IMPERATOR, CÆSAR FLAVIUS IUSTINIANUS, ALEMANICUS, GOTTICUS, FRANCICUS, GERMANICUS, ANTICUS, ALANICUS, VANDALICUS, AFRICANUS, PIUS, FELIX, INCLYTUS, VICTOR AC TRIUMPHATOR, SEMPER AUGUSTUS, cupidæ Legum Iuventuti S.

IMPERATOR] Hoc nomine etsi appellantur omnes exercitus ductores στρατηγοὶ ἢ πολέμων ἡγεμόνες, propriè tamen id tribui solebat ijs, qui re benè gesta hoc honoris titulo acclamatione militum vel decreto Senatus decorati essent. Post occupatam Rempub. perpetuum Principis prænomen esse cœpit ex S. C. Hotomannus ex *Cic. Tacit. Sueton. Dion. Appian.*

CÆSAR] Cognomen familiæ in gente Iulia, quod post C. Iulium factum est hæreditarium Imperatorum. Procedente tempore eodem nomine appellari, & qui vivo Imperatore designati augustæ majestatis hæredes, *l. 7. C. de malef. & mathem.* Spartian. *in Ælio Vero*: ubi & hunc ipsum primum Cæsarem ea ratione appellatum testatur. Hodie *Reges Romanorum* vocantur.

FLAVIUS] A Vespasiano Imperatore hoc nomen manavit, quem è Flavia gente nova & ignobili fluxisse Suetonius auctor est.

IUSTINIANUS] Nomen hoc Imperatoris nostri proprium fuit; idque etiam habuit ante adoptionem: ex quo apparet non esse productum à nomine Iustini avunculi & patris adoptivi, ut quidam putant.

ALEMANICUS, GOTTICUS, &c.] Agnomina à devictis, aut bello lacessitis gentibus ducta Seneca *l. de Clement.* scribit, assentantem populum ambiti-

tioſæ majeſtati tribuiſſe, quidquid potuit congerere titulorum.

FRANCICUS] Theodibertum Francorum regem graviſſimè tuliſſe refert Agathias, quod Iuſtinianus, velut devicta gente Francorum, Francici titulum ſibi ſumpſiſſet. Poſteà etiam Gepidicum & Longobardicum ſe dixit, quod eas quoque gentes irritavit. *Cujac. & Grot. ex Agathia.*

PIUS] Primus hoc cognomen obtinuit Antoninus Hadriani ſucceſſor. Capitolin. *in Antonin.* inde ad alios deſcendit. Iuſtinian. *Nov. 78. cap. 5.* Ἀντωνῖνος ὁ τῆς δ' σεβείας ἐπώνυμος, ἐξ ὧν καὶ ἡμᾶς τὸ τῶ προγόνων τοῦτο κληρῶ.

FELIX] Uſurpavit hoc cognomen Commodus, ut hiſtoriæ teſtantur, quem plerique ſucceſſores imitati appellationem hanc Iuſtiniano tradiderunt.

TRIUMPHATOR] Triumphaſſe legitur de Perſis & Vandalis. Varro *lib. 7. de ling.* ſcribit triumphare ſic appellatum eſſe *quod cum Imperatore milites redeuntes clamitant per urbem in Capitolium eunti, Io triumphe, io.*

AUGUSTUS] Nomen hoc primum Octavio à Senatu tributum : ductum ab eo, quod loca, in quibus augurato quid conſecratur, auguſta nominantur. Suet. *in Auguſt. c. 7.* Alij ab augendo imperio dictum putant : unde illud Horatij, *Zu allen zeiten mehrer des Krid, s.* Weſemb.

Ut Plato legiſlationis tres vult eſſe partes, Proœmium, Legem, & Sanctionem; ita hujus Conſtitutionis eadem deprehenduntur mẽbra. I. Proœmium, quod ſuum legiſlationis ſtudium commendat, uſque ad §. 3. II. Legiſlatio, uſque ad §. pen. III. Sanctio. *VWeſemb. hic.*

De uſu Armorum & Legum.

IMPERATORIAM majeſtatem non ſolùm armis decoratam, ſed etiam legibus oportet eſſe armatam : ut utrumque tempus & bellorum, & pacis, rectè poſſit gubernari : & Princeps Romanus non ſolùm in hoſtilibus prælijs victor exiſtat, ſed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellat : & fiat tam juris religioſiſſimus, quàm victis hoſtibus triumphator [magniſicus.]

ARMIS DECORATAM] Imperator utrumque Reipub. tempus ſine armorum ac legum præſidio rectè adminiſtrare non poteſt : in quam ſententiam præclara quædam hìc adſperſa ab *Hotom. & Grot. ex Ariſtot. Plat. Liban.*

LEGIBUS ARMATAM] Munitam & inſtructam. M. Tullius *l. 1. de offic.* ſcribit, Lacædemoniorum imperium multò plus Lycurgi legibus & diſciplinæ debere, quàm aut Pauſaniæ aut Lyſandri rebus geſtis. *Parvi enim*, inquit, *ſunt foris arma, niſi ſit conſilium domi, &c.* Eſt autem hìc χιασμὸς καὶ τοιχεῖα τύπων, tribuit armis decorari; legibus armari. Theophil. verbum pro verbo reddidit, ὅπλοις κοσμεῖσθαι, νόμοις ὁπλίζεσθαι.

VICTOR EXISTAT] Senſus eſt apertus Imperatorem non ex armis tantùm, ſed etiam ex legibus glorioſam ſibi victoriam comparare.

LEGITIMOS TRAMITES] Ea ratione, quam leges præſcribunt, Theophilus convertit, νομίμοις ἐπινοίαις, legitimis inventis Imperator non tantùm hoſtibus debellandis, verùm etiam calumniatoribus coërcendis Victoris nomen adipiſcitur.

CALUMNIANTIUM] Pars pro toto, improbitas, quæ in judicijs verſatur, de quo propriè verbum calumniandi intelligitur, pro omni, quæ in pacata civitate admittitur. Cicero 2. *de Repub. ut Carneadi reſpondeatis, qui ſæpè optimas cauſas ingenti calumnia ludificari ſolet.*

IURIS RELIGIOSISSIMUS] Iuris ad ſummam religionem obſervantiſſimus. Dionyſ. Halic. *l. 5.* Κρατῆς δ' ἦν βασιλεὺς ὁ δικαιοτάτῶ τε καὶ νομιμώτατος.

MAGNIFICUS] Abeſt hæc vox à veteribus libris, teſtibus Cujac. & Hotom. nec Theophilus agnoſcit.

De Bellis & Legibus Iuſtiniani.

I. Quorum utramque viam cum ſummis vigiliis, ſummaque providentia, annuente Deo perficimus. Et bellicos quidem ſudores noſtros Barbaricæ gentes ſub juga noſtra redactæ cognoſcunt : & tam Africa, quàm aliæ innumeræ provinciæ poſt tanta temporum ſpatia, noſtris victorijs à cœleſti Numine præſtitis, iterum ditioni Romanæ noſtroque additæ Imperio proteſtantur. Omnes verò populi legibus tam à nobis promulgatis, quàm compoſitis reguntur.

I, UTRAMQUE VIAM] Iuſtinianus & gloriam ſibi peperit victis hoſtibus, & juris æquabilitatem inter cives ſuos retinuit.

BARBARICÆ GENTES] Significat Perſas in Syria, Vandalos in Africa & Italia, Gothos in Italia & Sicilia.

REDACTÆ] Vet. *deducta*, & ita Cujac. & Hotõ.

INNUMERÆ] Vet. *numeroſæ*, id eſt, multæ, ſic enim locuti ſunt Caſſiod. Oroſ. Eutrop. & alij ſcriptores οὐσχέρωνοι. Theophilus tamen, ἀναριθμήτοι.

POST TANTA TEMPORUM SPATIA] Poſt annos 95. quibus Vandali Africam tenuerunt. *l. 1. Cod. de offic. præf. Afric.* adſtipulatur Procop.

DITIONI ROMANÆ] Poſtquam ſedes imperij Conſtantipolim, quæ antea Byſantium, poſtea etiam

jam nova Roma, translata fuit, imperium Romanum à Constantino & Gallieno in duas partes divisum orientalem & occidentalem, & utrique parti suæ provinciæ attributæ.

PROMULGATIS] Promulgatas suas, compositas alienas intelligit, id est, ex veteri jure in unum collectas & dispositas.

De Compositione Codicis & Pandectarum.

2. Et cùm sacratissimas constitutiones anteà confusas, in luculentam ereximus consonantiam, tunc nostram extendimus curam ad immensa veteris prudentiæ volumina, & opus desperatum, quasi per medium profundum euntes, cœlesti favore jam adimplevimus.

2. IN LUCULENTAM EREXIMUS CONSONANTIAM] Intelligit Codicem priorem, quem altero imperij sui anno componi jussit 528. & anno sequenti edidit. In hunc Principum constitutiones vagæ per tres Codices, Gregorianum, Hermogenianum, Theodosianum, dispersas collegit, *const. de nov. Cod fac. & de Iust. Cod. confirm.* Sed eum non habemus. Post idem Codex iterum emendatus est, & multis locis recognitus, additis 50. decisionibus, quo hodie utimur.

AD IMMENSA VETERUM VOLUMINA] Quarto imperij anno Lampadio & Oreste Coss. 530. Pandectas componi jussit, ediditque & confirmavit anno imperij sexto, ipso III. Coss. eodemque anno compositæ Institutiones, & promulgatæ uno mense ante Pandectas; ut Pandectæ compositione priores sint Institutionibus, confirmatione posteriores. Codicem repetitæ prælectionis promulgavit anno proximo, ipso IV. & Paulino Coss. 534. Hæc perspicua sunt ex constitutionibus ad juris compositionem pertinentibus. Novellar. liber diem non habet.

IMMENSA VOLUMINA] Innumera veterum scripta, quæ in bis mille libros & aliquot centena millia versuum excreverant, *l. omnem de conc. Dig.*

PER MEDIUM PROFUNDUM] Per medias difficultates. Liv. 31. *Provideo animo in vastiorem me altitudinem, ac velut profundum invehi. 2.*

De tempore, Auctoribus, fine & utilitate compositionis Institutionum.

3. Cumque hoc Deo propitio peractum est Tribuniano Viro magnifico, Magistro, & Exquæstore sacri palatij nostri, & Exconsule, necnon Theophilo & Dorotheo Viris illustribus, & antecessoribus (quorum omnium solertiam, & legum scientiam, & circa nostras jussiones fidem, jam ex multis rerum argumentis accepimus) convocatis, mandavimus specialiter, ut ipsi nostra authoritate, nostrisque suasionibus Institutiones componerent: ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis discere, sed ab Imperiali splendore appetere: & tam aures, quàm animi vestri nihil inutile, nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtineat argumentis, accipiant. Et quod priore tempore vix post quadriennium prioribus contingebat, ut tunc constitutiones Imperatorias legerent: hoc vos à primordio ingrediamini, digni tanto honore, tantaque reperti felicitate, ut & initium vobis, & finis legum eruditionis à voce Principali procedat.

3. MAGISTRO] Scil. officiorum, penes quem cura est totius penè aulæ & palatij. Gallis *Prevost de l' Hostel.* Cujac. *in l. 3. Cod. de præpos. sacr. cubic. lib. 12.*

EXQUÆSTORE] Quæstor ætate Iustiniani is erat, quem nostra ætas Cancellarium vocat, ut *pass. in Cod.* hoc est, ad quem cura legum & juris pertinet, custos legum & famæ publicæ appellatur in *nov.* Valentiniani *de homic. cas. fact.* & à Cassiod. aliquot locis. Ex-quæstores & Ex-consules à Iustiniano dicuntur, qui à Latinis, Quæstorij & Consulares.

ANTECESSORIBUS] Iuris Interpretibus, ac Doctoribus, ἐξηγηταῖς, ut pass. in *præf. Pand.* τῶν νόμων διδασκάλοις, *l. 6. §. 12. D. de excus. tut.* Qui forum sequebantur, Togati; qui scholas, Antecessores, & professores dicebantur.

PRIMA LEGUM CUNABULA] Prima legum fundamenta, στοιχεῖα seu elementa, primam legum audientiam appellat in *l. un. Cod. de nud. jur. Quirit. tollend.*

ANTIQUIS FABULIS] Ius antiquum & obsoletum intelligit, quo referti erant veterum Iurisconsultorum libri.

RERUM OBTINEAT ARGUMENTIS] Huc pertinet illud Aristippi apud Laërtium, qui percontanti cuidam, quæ potissimum adolescentibus essent discenda, respondit, quæ viris usui futura sunt.

POST QUADRIENNIUM] Theophil. μετὰ τετραετῆ χρόνον. Sed aut erravit ipse, aut corrupti sunt codices, ut patet ex præfat. ad antecess. Fabrot. *in not. ad Theoph.*

DIGNI TANTO HONORE TANTAQUE REPERTI FELICITATE] Digni reperti tanto honore tantaque felicitate. Theoph. τοσαύτης ἀξιωθέντες τιμῆς καὶ τοσαύτης ἀπολαύσαντες εὐτυχίας, *dignati & assecuti.*

Ministerio de Cultura 2024

Divisio Institutionum.

4. Igitur post libros quinquaginta Digestorum, seu Pandectarum, in quibus omne Ius antiquum collectum est, quod per eundem virum excelsum Tribonianum, nec non cæteros viros illustres & facundissimos confecimus: in quatuor libros easdem Institutiones partiri jussimus, ut sint totius legitimæ scientiæ elementa.

4. PANDECTARUM] Pandectæ παρὰ τὸ πᾶν δέχεσθαι, quod omnis generis leges complectantur. Harmenop. *lib.* 1. *tit.* 1. *§.* 6.

COLLECTUM EST] Libri veteres testes Hotom. *collatum est.* Et ita Theoph. ἐν οἷς ἤθροισαι πᾶσα ἡ τῶν ἀρχαίων νομοθεσία.

CÆTEROS] Præter Tribonianum Theophilum, Dorotheum tredecim alijs usus est Iustinianus, quos enumerat & nominat *præfat. Digest.*

IN QUATUOR LIBROS] Apud Theophil. abundant verba, ἡ ἐξηγμένων Διγέστων Fabrot.

Quid in Institutionibus contineatur.

5. In quibus breviter expositum est, & quod anteà obtinebat, & quod posteà desuetudine inumbratum, Imperiali remedio illuminatum est.

5. DESUETUDINE] Theoph. ἀσυνηθεια, quasi dicas *insuetudine.* Significat autem jura antiqua & antiquata, qualia multa in argumentis usucapionum, exhæredationis liberorum, legatorum, successionum ab intestato, bonorum, possessionum, satisdationum, &c.

ILLUMINATUM EST] Theoph. ἐφωτίσθη. Intelligit autem & desuetorum quorundam in usum revocationem, & aliorum vel interpolationem vel abolitionem.

Ex quibus libris compositæ sunt Institutiones, atque earum recognitio, & confirmatio.

6. Quas ex omnibus antiquorum Institutionibus, & præcipuè ex Commentarijs Caij nostri, tam Institutionum, quàm rerum quotidianarum, alijsque multis Commentarijs compositas, cùm tres viri prudentes prædicti nobis obtulerunt, & legimus, & recognovimus, & plenissimum nostrarum constitutionum robur eis accomodavimus.

6. PRÆCIPUE EX COMMENTARIIS CAII] Hoc ita esse vel ex reliquis scriptorum Caij, quæ in Pandectis supersunt, cuivis animadvertere licet, sæpiùs enim hujus unius, quàm cæterorum omnium verba in his libris proferuntur.

NOSTRI] Benevolentiæ significatio, ac sic plerumque prædecessores, qui nostræ fuerunt professionis, appellavimus. *Scævola noster* apud Paulum & Triphoninum sæpè: apud Pomponium *Caius noster l. penul. D. de stip. serv.* Floruit sub Hadriano & Marco *l.* 7 *D. de reb. dub. l. pen. D. ad SC. Tertyll.*

RECOGNOVIMUS] Id est, corrigendi causa diligenter & attentè legimus; Cic. pro Balb. *Nos Cn. Pompeij judicium de consilij sententia pronuntiatum recognoscemus.*

CONSTITUTIONUM ROBUR EIS ACCOMODAVIMUS] His verbis indicatur Institutionum confirmatio. Unde hæc præfatio Theophilus διάταξις βεβαιοῦσα τὰ ἰνστιτοῦτα.

Adhortatio ad studium juris.

7. Summa itaque ope, & alacri studio has leges nostras accipite: & vosmetipsos sic eruditos ostendite, ut spes vos pulcherrima foveat, toto legitimo opere perfecto; posse etiam nostram Rempublicam in partibus ejus vobis credendis gubernari. D. CP. XI. Kalend. Decemb. D. IUSTINIANO PP. A. III. COS.

7. SUMMA OPE ET ALACRI STUDIO] Epilogus exhortatorius, ut in suasorijs usitatum, à spe & exspectatione præmiorum. Cic. 1. *de oratione, Pergite, ut facitis, adolescentes, atque in id studium, in quo estis, incumbite; ut & vobis honori, & amicis utilitati, & Reipublicæ emolumento esse possitis.*

D. CP. XI. KAL. DECEMB.] id est, *Data Constantinopoli XI. Kalendas Decembris, Domino Iustiniano perpetuo Augusto tertium Consule.* In quibusdam libris, P. P. quasi *Patre Patriæ*, quod ejus temporis consuetudo repudiat. Hotom.

TITVLVS PRIMVS.

DE IVSTITIA ET IVRE.

1. *Partitio & series totius operis.*
2. *Iustitia vulgata distributio explicata.*
3. *Etiam universalem justitiam disciplinæ civili propositam.*
4. *Virum justitia in universalem & particularem distributio necessaria? sceptice.*
5. *Varia juris significata, & qua in significatione hoc verbum hic accipiatur.*
6. *Summa eorum, quæ hoc titulo traduntur.*

DUo hæc in omni jure constituto insunt, jus ipsum seu lex, quæ jubet & constituit; tum res, quæ eo jure jubetur constituiturque: ac proinde universi juris tractatio duabus partibus continetur, quarum una est de jure constituente, sive de legibus, quâ naturalibus, quâ civilibus; altera de jure constituto, sive de eo, quod legibus sancitum cautumque est. Et quia prima naturâ quæstio est de jure constituente, de eo etiam primo loco Veteres tractaverunt: quod non modò in his Institutionum libris, sed etiam in Pandectis animadvertere licet. Nam prima quæstio proponitur, atque absolvitur quatuor titulis in vestibulo sive ingressu Pandectarum; reliquo opere agitur de jure constituto. Idem & in Institutionibus nostris observatum est: siquidem duo priores tituli huius libri primam quæstionem continent: reliqua parte operis altera quæstio, quæ multò latiùs patet, tractatur, atque οὗ διαιρετικὴ absolvitur, initio facto à discretione materiæ, sive subiecti huius scientiæ; quæ divisio in hac quæstione omnium prima est generalissima. Inscribitur hic Titulus *De Iustitia & Iure.* Aristoteli & plerisque moralis philosophiæ professoribus justitia duplex est, universalis, & particularis. Ad universalẽ pertinet tritum illud Poëtæ gnomologi,

Ἐν δὲ δικαιοσύνῃ συλλήβδην πᾶς ἀγὼν ἔστι

Comprehendit scilicet in se hæc justitia etiam aliarum virtutum omnium officia, peculiari tamẽ cum respectu, quatenus nimirum illa necessaria sunt, aut conducunt ad perfectionem & conservationem civilis societatis, ut ne quid admittatur contra rationem aut honestatem, quod non admitti vel publicè, vel privatim intersit. Hæc eadem justitia & legalis dicitur, propterea quod non minus latè patet, quàm ipsæ leges, quæ etiam sunt regula, & norma huius justitiæ; unde à Cic. *l.1. de leg.* definitur *obtemperatio scriptis legibus & institutis populorũ*: ab Aristot. *lib.5. Eth.1 obedientia erga omnes leges* In summa hæc justitia à virtute in genere non differt essentia, sed hactenùs tantùm, quod quando consideratur ut habitu animi, dicatur. Virtus simpliciter; quando ut civilis societatis, conservatrix, Iustitia, auctore Michaële Ephesio *ad d. loc. Arist.* Vitium huic legali justitiæ oppositum dicitur παρανομία. Particularis justitiæ duas species constituunt, quarum alteram, διανεμητικὴν Aristoteles vocat, id est *distributivam*; alteram συναλλακτικὴν, id est, *commutativam*. Distributiva respicit ἀξίαν, quod quisque meretur, quod cuique convenit, sive id præmium sit, sive pœna; sive honor, sive onus. Commutativa suum cuiusque propriè sumptũ spectat, & alio nomine meliùs διορθωτικὴ à Philosopho appellatur: nam ut possessor rei meæ eam mihi reddat, non est ἐν συναλλάγματος, & tamẽ ad eandem hanc justitiam pertinet. Illud quoque perpetuum non est, quod plerique tradiderunt, à justitia commutativa respici proportionem simplicem, quam arithmeticam vocant, à distributiva comparatam, quam appellant geometricam, quæ mathematicis & reverà sola, proportio est; neque enim per se justitia commutativa à distributiva differt tali proportionum usu: sed obiecto & materia, circa quam versatur. Nam & contractus societatis expletur proportione comparata; & si unus tantùm aptus inveniatur ad munus publicum obeundum, non alia, quàm simplici commensione attributio fit: & contrà, si quis de suo legare velit, distributiva justitia uti solet, & merita considerare, *l.9.ff. pro soc.* Sed & in delictis coërcendis, pœnarumque irrogatione modò arithmetica, modò geometrica proportio servatur; quod tamen totum est iustitiæ distributricis. D. Grot. *1. de Iure belli & pacis, cap.1. num.8.* Vitium particulari iustitiæ oppositum πλεονεξία dicitur, cuius verbi vim Latini per vocem *iniuria* ferè exprimunt. Disciplina civilis non dirigit internas animi functiones, & potissimè versatur circa iustitiam particularem, in eius iuris obedientiam animos formans, cuius executio in iudicijs urgetur. Negari tamen non potest, quin interim quoque spectet iustitiam universalem, quæ omnium virtutum officia complectitur. Docet enim iustè vivendum esse secundum

omnes legès: ipsaque adeò iuris præcepta omnem speciem virtutis & honestatis continent, certè quatenùs eò spectant, ut iustè vivatur, & civium inter se honesta sit societas, quod hìc quærimus. Et verò si legibus & legum latoribus proposita est universa virtus, ut sanè est, cùm beatitudo civilis sit universarum legum summa, teste Platone 5. *de leg.* etiam legum scientiæ & consultis eadem proposita erit: neque enim minùs latè patet officium Iurisconsulti in legibus interpretandis, quàm legislatoris in sanciendis: totoque falluntur iudicio, qui officium Iurisconsulti cancellis forensium causarum circumscribunt; utique illa; *hominem mortuum in urbe ne sepelito, nevè urito: rogum ascia ne polito. Mulieres genas ne radunto, nevè lessum funeris ergo habento,* & similia lege duodecim tab. cauta, nullo modo ad iustitiam particularem referri possunt. Quod si quid in huiusmodi quæstione valere debet auctoritas Principis, ipse Iustinianus *Nov. 69. in pr.* disertè ait, *Iustitiam illam, quæ singulis virtutibus assistit, easq; ad debitum finem perducit,* etiam finem 4. esse legum prudentiæ, Temperare mihi non possunt, quin illud hìc subiungam, esse, qui vulgatam illam iustitiæ distinctionem negant esse necessariam, & simplicius esse contendunt; si unum tantùm iustitiæ genus esse dicamus. Quod si verùm est, sublata erit hæc disputatio. Hi ita disserunt: Ut singularum virtutum omnium, ita & Iustitiæ unum genus esse, *ὁλοσχερὲς πάσης ἀνισότητος, ἢ ἀδικίας*; sicut ex contrario, nec duo iniustitiæ genera sunt, sed unum tantùm, sive τὸ ἄνισον dicas, sive *παράνομον*: utrumque enim omnem comprehendere iniustitiam etiam ipsum Aristotelem docere; neque *πλεονεξίαν* & *ἀνισότητα* genera esse opposita, sed hanc illius speciem. Hoc item & Aristotelem fateri. Ad hæc, non simpliciter verum esse, quod reliqua iniustitiæ genera non tantùm pugnent cum iustitia, verùm etiam cum alia virtute: *ἀνισότητα* autè cum sola iustitia, quo maximè argumento, ad distinctionem suam probandam utitur Aristoteles. Posse quidem in una actione cum alio vitio iniustitiam concurrere: cæterum nullas actiones iniustas, quatenùs iniustæ sunt, cum alia virtute directò pugnare, sed cum iustitia duntaxat: sicut nec ex contrario alia vitia cum iustitia, sed cum oppositis sibi virtutibus. Ut ecce; qui adulterium committit, eum & iniustum esse quod alienum violat thorum, & intemperantem propter expletionem libidinis. Iam verò violare thorum alienum, quod est iniustitiæ, non pugnare cum temperantia. (Quid enim si quis quæstus sui causa id fecerit?) nec explere libidinem cum iustitia, non magis, quàm si quis libidinis explendæ causa cum scorto congressus sit. Denique ex hoc etiam exemplo patere, posse & *πλεονεξίαν* eodem modo cum alia virtute committi: nam adulterum & *πλεονέκτην* esse sive iniurium, & intemperantem. Innumera verò afferri posse, quæ cùm sint *ἄνομα*, & in speciem *πλεονεξίας* non cadant, cùm nulla tamen alia virtute pugnent, quàm cum iustitia. Nam si quis è decem, quos habebat, sex servos testamento manumiserit; aut si minor viginti annis servum manumiserit, non dicta apud Consilium causa, utrumque iniustè facere: illum contra legem Fusiam Caniniam, hunc contra legem Æliam Sentiam: neutrum tamen iniurium esse, neutrum ignavè aut intemperanter facere. Si vir uxori quippiam donaverit, si fundum dotalem cum consensu uxoris alienaverit, aut obligaverit, si fœmina intercesserit, si filiofam. pecunia mutuo data sit, si frater sororem adoptivam uxorem duxerit, hasce actiones omnes, & similes injustas esse, & legibus aut senatusconsultis improbari: nec tamen qui ista faciunt, injurios dici posse: aut intemperantes vel ignavos 5. Cæterùm nihil in præsentia definio. Iuris vocabulum *πολύσημον* est: propria significatio una, minus propriæ plures. Propriè jus dicitur naturæ aut populi, eiúsve, qui vicem populi sustinet, iussum. Arguit id etymon ipsius vocabuli, quod à jubendo dictum esse vel ex eo liquet, quod veteres, auctore Festo, jura dixerunt *jussa*. In hac autem significatione passim usurpatur; veluti cùm dicimus, jure quid fieri, iuris rationem non pati, contra ius esse: sic dicitur ius naturale, civile, prætorium, cæteræ significationes minùs propriæ; ut primò cùm ius accipitur pro eo, quod iure continetur & cuique tribuitur; idque vel generatim & indefinitè, ut in hisce formulis, aut id genus aliis, cùm dicimus ius suum cuique tribuere; nemini mortalium ius suum detrahi oportere: eodemque modo haud dubiè accipi debet, cùm dicimus iura sanguinis, agnationis, naturalia & adoptionis iura, nempè pro beneficiis sanguini, agnationi, naturæ, adoptioni iure tributis: vel specialiter pro facultate & potestate iure tributa, quod fit quoties verbis faciendi ius adiungitur, ut in definitionibus itineris, actus, viæ, ususfructus, actionis: in quibus omnibus metonymia est continentis pro contento. Secundò cùm ius accipitur pro iuris arte per eandem figuram conversò modo, ut in *l. 1. in pr. hoc tit.* Tertiò cùm accipitur pro loco, in quo ius redditur, ut cùm dicimus *in jus vocare, in jure confessos pro judicatis haberi*: in quo idem ferè tropus est, *κατωνυμία* adiuncti pro subiecto, *l. pen. eod.* Quod si nunc quæratur, qua in significatione ius hoc loco accipi debeat, propriáne, an figurata? constanter respondebimus

in

in propria. Arguit hoc ipsa materia, quæ & in hoc, & in sequenti titulo tractatur. Arguunt definitiones & divisiones, quæ utroque titulo & in π. eod. traduntur: ut mirum sit inveniri, qui seriò contendunt, 6. ius his pro juris arte accipiendum. Summa eorum, quæ hoc titulo tractantur, hæc est. Primùm traditur definitio juris justitiæ, & jurisprudentiæ, quaque ratione ac via tironibus hæc disciplina proponenda sit indicatur. Hinc jam ea pars, quæ est de jure constituente, inchoatur, traduntúrque juris præcepta. Juris civilis divisio & subdivisio privati. Singula nunc videamus.

EXTUS.

...istans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.

NOTÆ

CONSTANS ET PERPETUA VOLUNTAS] verba justitiæ habitum ibi demùm esse indicant, ubi hæc perpetuò & constanter quis iustè agit, atque ut Aristoteles 2. *Eth. 5.* βεβαίως καὶ ἀμεταπτώτως ἔχων. Auctor hujus definitionis est Ulpian. *l.* 10. *D. hoc tit.*

VOLUNTAS] Metonym. pro habitu voluntatis, sive ἕξις ἀφ' ἧς βουλόμεθα τὰ δίκαια, ut Paraphrast. ad 5. *Nichom. c.* 1.

IUS SUUM CUIQUE] Objectum Iustitiæ est jus cujusque suum; finis ut id quisque obtineat, i. ut cuiq; quod ei debetur, tribuatur. Delictis etiam debetur pœna Athanas. in syn. 8. ser. ἀποδιδόναι ἑκάστῳ τὸ ἴδιον. Plato 1. *de Rep.* hunc finem exprimit his verbis. τὰ ὀφειλόμενα ἑκάστῳ ἀποδιδόναι.

TRIBUENDI] Aliàs *tribuens*, Theophil. νέμουσα. Cic. 5. *de fin. Affectio animi suum cuique tribuens, quæ iustitia dicitur*, & ita etiam alibi, *lib.* 1. *de off. & 2. ad Heren.*

COMMENTARIVS.

Voluntas] Scimus voluntatem esse potentiam naturalem, justitiam autem virtutem esse & habitum animi προαιρετικὸν ac proinde qualitatem adventitiam. Falsum igitur, dicat aliquis, genus. Si respondemus genus esse metonymicum, effectumque pro causa positum, voluntatem scilicet pro habitu, qui eam efficit. iam contra omnem philosophiam, omnemque rationem videbimur qualitatem adquisititiam causam statuere qualitatis & potentiæ natural. Verùm observandum est non simpliciter pro eo genere voluntatē poni, sed ἐνδίετον; voluntatem constantem & perpetuam. Ut velimus à natura est; ut constanter, ab habitu. Potentia naturalis, quatenus promovet habitum, ejus ex parte causa est, quatenùs autem ipsa politur ac perficitur ab habitu, effectum.

Constans & perpetua] σαθρὰ καὶ διωκτὴς quæ verba justitiæ habitum ibi demùm esse indicant, ubi perpetuò, & constāter quis agit, atq; ut Aristoteles loquitur βεβαίως καὶ ἀμεταπτώτως ἔχων. 2. *Eth.* 4. Ne quis autem putet vitiosum esse, quod justitia definiatur per ejusmodi habitum, cujus homo non sit capax: res definiri soler non ad conditionē subjecti, sed qualis est essentia sua; sicut ab Aristotele felicitas, à Platone respublica, à Xenophonte Princeps, à Cicerone & Quintiliano Orator describitur. Eodem modo & justitia hic definitur, non ut inest huic vel illi subjecto, sed prout inesse debet justitiam profitenti: in abstracto, inquam, non in concreto.

Ius suum cuique tribuendi] ἑκάστῳ τὸ ἴδιον ἀπονέμουσα δικαίον. Quod Dialectici docent, habitus definiri assumpto ad genus objecto & fine, id etiam in hac definitione observatum. Objectum justitiæ est jus cuiusque suum, finis, ut id quisque obtineat, hoc est, ut cuique, quod ei debetur tribuatur. Delictis etiam debetur pœna. Atque hunc finem simpliciter Plato expressit his verbis: τὰ ὀφειλόμενα ἑκάστῳ ἀποδιδόναι. 1. *de repub.* Auctor propositæ definitionis est Ulpian. *l. iustitia* 10. *hoc eod. tit.* plenior & planior hæc est: Iustitia est habitus animi, per quem ita affecti sumus, ut suum cuique quantum in nobis est, tribuere velimus.

TEXTU

1. *Iurisprudentia est divinarum, atque humanarum rerum notitia, justi atque iniusti scientia.*

NOTÆ.

1. IURISPRUDENTIA] Quæ & scientia & ars juris, & intelligentia & civilis sapientia. His enim nominibus promiscuè uti solent, qui populariter loquuntur.

DIVINARUM ATQUE HUMANARUM RERUM] Subjectum: modus autem considerandi, quatenus de iure earum quæritur; quem modum indicant verba sequentia *iusti, atque iniusti.* M. W.

SCIENTIA] Iurisprudentia est habitus intellectus: justitia, ut virtus moralis, est habitus voluntatis. Hæc etiam definitio Vlpiani est, *d. l.* 10. §. 2. *D. hoc tit.*

Ministerio de Cultura 2024

COMMENTARIUS.

Jurisprudentia] Disciplina nostra nunc scientia, nunc ars juris, nunc intelligentia, nunc civilis sapientia, hic Prudentia appellatur: hisce enim nominibus promiscuè utuntur non Jurisconsulti tantùm, sed etiam cæteri Auctores, qui populariter loquuntur. At enim cùm hæc disciplina sit habitus practicus (est enim sine controversia pars philosophiæ practicæ) si strictè loqui volumus, & ad certas habitus intellectualis species singula illa nomina cum Aristotele 9. *Eth.* 3. accommodare, solum nomen prudentiæ huic disciplinæ tum conveniet.

Divinarum atque humanarum rerum notitia] Hæc item descriptio Ulpianum auctorem habet, *l. justitia 10. §. 2. hoc titulo.* Genus in hac descriptione est notitia aut scientia: idem enim hæc duo significant. Differentia petitur à subjecto ejusque considerandi modo: unde & finis sponte sua intelligitur. Subjectum jurisprudentiæ sunt res divinæ & humanæ: modus considerandi, quatenus de jure earum quæritur; scilicet ut norimus, an in ijs, aut ad eas, & quatenus jus aliquod habeamus. Nam in hunc finem res dividuntur in eas, quæ divini, quæque humani juris sunt; quæ in commercijs atque extra commercia: quæritur in rebus humanis, quæ publicæ, quæ privatæ; & in his earum acquisitio, conservatio, alienatio; & id genus alia, quorum omnium tractatio ad Jurisconsultum pertinet. Hunc verò considerandi modum sequentia definitionis verba indicant, *justi atque injusti scientia*: nempè hactenùs res divinas & humanas esse objectum hujus scientiæ, quatenus ea, cùm de jure harum rerum quæritur, quid justum aut injustum sit, doceat. Quod si cui hæc explicatio subtilior videtur, ecce aliam magis popularem. Certum est disciplinam civilem non tantùm in privati, sed etiam in publici juris cognitione versari: publici autem juris cùm pars sit divinum, *l. 1. §. 2. hoc titulo*, meritò earum divinarum atque humanarum, hoc est, divini & humani juris notitia dicitur. Justi atque injusti, id est, ejus, quod fas & jura sinunt, aut non sinunt, scientia. Sanè veteres juris Interpretes etiam sacris cæremonijsque Deorum præfuisse testis est historia. A Celso hæc disciplina ab officio eam profitentis elegantissimè & brevissimè describitur, *ars æqui & boni, d. l. 1. in principio*, siquidem officium Jurisconsulti & prudentia illius tuta in eo consistit, ut quid in re quaque æquum, quid iniquum sit, videre, tum discernere, & de eo respondere possit consilium sibi expetentibus.

TUS.

2. *His igitur generaliter cognitis, & incipientibus exponere jura populi Romani, ita videntur posse tradi commodissimè, si primò levi ac simplici via, post deinde diligentissima atq; exactissima interpretatione singula tradantur; alioqui si statim ab initio rudem adhuc & infirmum animum studiosi multitudine ac varietate rerum oneraverimus, duorum alterum, aut desertorem studiorum efficiemus, aut cum magno labore, sæpè etiam cum diffidentia (quæ plerumque juvenes avertit) serius ad id perducemus, ad quod, leviore via ductus, sine magno labore & sine ulla diffidentia, maturius perduci potuisset.*

NOTÆ.

2. GENERALITER] Cursim, obiter, summatim ἐν παρέργῳ.

LEVI AC SIMPLICI VIA] Τυπωδῶς, crassa ac pingui Minerva. Præclarè Arist. Δεῖ γὰρ, inquit τὰ τυπώσεις πρῶτον, εἶθ' ὕστερον ἀκριβολογεῖν. *Prius lineamenta prima ducenda sunt & opus informandum, post utendum veris coloribus.* Nec minus scitè Quintilian. 1. *Inst. orat.* 2. *Ut vascula*, inquit, *oris anguste superfusam humoris copiam respuunt, sensim autem influentibus complentur, sic animi puerorum.*

DILIGENTISSIMA ATQUE EXACTISSIMA] Hoc ad summam scientiæ est necessarium, ut prius illud incipientibus magis conveniat.

DUORUM ALTERUM] Δυοῖν θάτερον. Quintilian. *Proœm. lib. 8. Incipientibus brevius & simplicius tradi convenit: aut enim difficultate institutionis tam numerosa atque perplexa deterreri solent; aut eo tempore, quo præcipuè alenda ingenia, ac indulgentia quadam enutrienda sunt, asperiorum tractatu atteruntur.*

CUM DIFFIDENTIA] Cic. *in orat. Vereor ne tardem studia multorum, qui desperatione debilitati, experiri id nolent, quod assequi se posse diffidant.*

COMMENTARIUS.

QUod pictores facere solent, qui prius lineamenta prima ducunt & opus informant, post veris coloribus utuntur, id etiam in quavis arte docenda faciendum est. Primò enim crassè & simpliciter,

cer, postea ἀκριβέστερον, diligentius & subtilius unumquodque tradendum. Illud incipientibus magis convenit; hoc ad summam scientiæ est necessarium.

Duorum alterum] Duplicem hujus rei rationem affert. Prima est, ne difficultate initio proposita deterreantur animi adolescentium, voluntatemque discendi una cum spe perdiscendi abjiciant. Altera, ut maturius ad cognitionem hujus scientiæ ab hoc aditu patefacto perveniant, ad quam aut serius, aut nunquam pervenirent (certè non sine magno labore aut diffidentia) si eo tempore, quo præcipuè alenda ingenia, ac indulgentia quadam enutrienda sunt, asperiorum tractatu rerum atterantur, ut disputat Fabius in *proœm. lib. 8. Inst. orat.* Commentariorum quod ad incipientes attinet, eadem ratio. Cæterum qui jam aliquamdiu hoc simplici cibo pasti sunt, iis nihil prohibet eundem paulò doctiùs conditum iterum apponere, novoque & piperato jure deficientem excitare appetentiam. Mihi animus est uno promiscuo apparatu & frugaliter incipientes, & opiparè prevectos, nitidè omnes excipere.

TEXTUS.

3. *Iuris præcepta sunt: Honestè vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.*

NOTÆ.

3. IURIS PRÆCEPTA] Non regulæ artis juris, ut Hopper. & Cont. sed dictata juris naturæ εἰσκοινας καὶ φυσικὰς ἐννοίας, insitæ & quasi consignatæ in animis nostris notiones, ex *l.* 10 §. 1. *D. eod.*

HONESTE VIVERE] Hoc præcepto vetantur omnia, quæ pugnant cum bonis moribus & publica honestate, etiamsi non expressè prohibita. *Est aliquid*, inquit Cic. pro Balbo, *quod non oporteat, etiamsi licet.* fac. *l.* 144 *de reg. jur.*

ALTERUM NON LÆDERE, SUUM CUIQUE TRIBUERE] Horum alterum ad personam alterius referri videtur, alterum ad res externas. *Cic. 1. de offic. Iustitiæ primum munus est, ut ne cui quis noceat: deinde ut communibus utatur pro communibus, privatis, ut suis* Sen. 3. *de benef. c.* 14. *Æquissima vox est, & jus gentium præ se ferens, Redde, quod debes.*

COMMENTARIUS.

NOn assentior Hoppero *lib.* 1. *de art. jur.* nec Contio ad *hunc*, §. qui præcepta hoc loco & apud *Vlp. l.* 10 §. 1. *eod.* pro regulis hujus artis posita putant; siquidem præcepta artium principia sunt cognoscendi, ut definitiones & divisiones: atque ita non tres regulæ, sed una tantum proponeretur præceptorum juris distributio. Rectius præcepta hîc accipiemus generalia quædam dictata ac præscripta juris illius communis, quod semper æquum & bonum est, sive notiones quasdam à natura insitas & quasi consignatas in animis nostris κοινὰς καὶ φυσικὰς ἐννοίας. Et primo quidem, quo vitæ honestas præcipitur, intelligi oportet vetari facta omnia, quæ lædunt pietatem, verecundiam, existimationem nostram, & generaliter quæcunque pugnant cum legibus bonis moribus, & in publica honestate: in tantum, ut etiam ab iis nonnunquam abstinendum sit propter honestatem, quæ legibus civilibus permissa aut non expressè prohibita sunt, juxta tritum illud, *non omne, quod licet honestum est.* De quo multa præclarè Pet. Faber ad *l non omne de reg. jur.* Nimirum est aliquid quod non oporteat etiamsi licet, ut benè Cicero *pro Balbo*: neque verè simplex hæc admonitio est, ut quibusdam videtur, sed verum atque efficax juris naturalis præceptum: licet hic aliquando claudicet & conniveat lex civilis; errantque adeò, qui cum hoc præcepto committunt lupanaria, quæ passim tolerari constat. ἔνκρισις est legis civilis, cujus latorem officij sui admoneant, ne vel boni causâ mala fieri permittat. Hoc enim prætextu hujusmodi conniventia excusari solet, *quod propter redundantem in humana natura perversitatem, quædam etiam non decora ac salutaria, adeoq; decreto Spiritus damnata toleranda sint, ne majoris mali præbeatur occasio.* Verba ferè sunt & ratio Imp. Leonis, qui usurarum, quas pater sustulerat hoc obtentu non dubitat restituere. *Nov. Leon.* 83. Duo reliqua præcepta duo distincta munera evidenter continent. Sic enim crassè ea accipio, ut secundum (*alterum non lædere*) ad personam alterius referatur; ne alicuius vitam, incolumitatem, libertatem, existimationem lædamus aut violemus: tertium (*suum cuique tribuere*) ad res externas; ut ab alieno manus abstineamus, hoc est, res alterius non attrectemus aut minuamus, ut patiamur unumquemque rebus suis uti, ut reddamus quod alienum apud nos est. Cui explicationi consentaneum est, quod scribit M. Tullius *lib. 1. offic. Iustitiæ primum munus esse, ut ne cui quis noceat: deinde ut communibus utatur pro communibus; privatis, ut suis.* Plus justo religiosi sunt, qui nec plura esse juris præcepta contendunt, nec pauciora. Nam & uno ex his tribus generaliter universum iustitiæ munus comprehendi potest, ut in definitione iustitiæ tertio præcepto duo priora comprehensa sint: possunt & quædam iustitiæ munera aliis præce-

ptis aut verbis specialius aut evidentius exprimi; ut *Deum colere, parentes revereri, pacta servare*, &c. Nemo melius hæc explicavit, quàm Claud. Cantiuncula in doctissima sua paraphrasi.

TEXTUS.

4. *Huius studij duæ sunt positiones, publicum, & privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanæ spectat. Privatum est, quod ad singulorum utilitatem pertinet. Dicendum est igitur de iure privato, quòd tripertitum est: collectum enim est ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus.*

NOTÆ.

4. Duæ positiones] Id est, duo themata, partes, species, δύο εἴδη. Ex Ulp. *l.* 1. §. 2. *eod.* alij tres fecere species, sacrum, publicum, privatum. Auson. in *Idyll.* 15. sed Ulp. *d. loc.* sub publico etiam sacrum comprehendit. Sud.

Quod ad statum rei Romanæ] Quod utilitate publicum est, non quod sola auctoritate: est enim hæc divisio à fine sumpta, non à causa efficiente.

Ad Singulorum utilitatem] Quod privatim ad cujusque civis rem pertinet familiarem. Quanquam & hoc per consequentiam publicè & illud privatim utile.

Collectum ex naturalibus præceptis, &c.] Ius quo privati in civitate utuntur, tribus quasi ex fontibus in Remp. defluxit, natura, gentium institutis, & inventis cujusque civitatis.

COMMENTARIUS.

1 *Quot modis dicatur ius publicum.*
2 *Antonius Orator notatus.*
3 *Aristot. etica iuris civilis distributio explicata.*
4 *Iustinianus immeritò reprehensus à Rod. Agricola.*
5 *Vlpianus cum Gaio, &c. conciliatus.*
6 *Appellatione iuris positivi quale ius significetur.*
7 *Optima iuris privati divisio.*

Huius studij duæ positiones] Studium figuratè pro iure, cui studetur: nam studium nullum publicum est, sed cujusliber proprium & privatum. Positiones, id est, θέματα, partes, species, δύο εἴδη. Est autem hæc divisio sumpta ab objecto, ac fine principali, & fortasse rectius tres species ponerentur, ut à Cicerone 1. *de legib.* & Ausonio in *Idyll. Divinum; publicum, & privatum*: aut si διχοτομίαι magis arridet, dividi commodè potest in *divinum & humanum*; humanum deinde subdividi in *publicum & privatum.* Enim verò Ulpianum hujus divisionis auctorem, sub publicum etiam divinum comprehendisse certum est: ait enim *ius publicum in sacris, sacerdotibus & magistratibus consistere. lib.* 1. §. 2. *hoc titul.* Cæterum juris illius sacri, ut ethnici & impij, tractationem in π omiserunt compositores Christiani, quæ autem de hoc jure extant in Codice Christianorum Impp. constitutiones, eatenus recipiendæ sunt, quatenus verbo Dei non repugnant.

Publicum ius est] Iuris publici nomen non uno modo accipitur. Id ne quem turbet, sciendum est, jus publicum sæpè dici non à materia & fine, ut hoc loco: sed à forma aut causa efficiente, non quod utilitate publicum est, sed auctoritate. Ita accipitur in *l.* 8. *de tutel. l. ex sententia* 29. *de test. tut.* multisque alijs in locis. Item apud Terent. *in Phorm. Annè id quidem adipiscar ego, quod ius publicum est, in l. quod* 15. §. 1. *ad leg. Falc.* dicitur retentio Falcidiæ jure publico competere, *in l. damni* 18. §. 1. *de damn. inf.* usucapio jure publico contingere, hoc est, eo jure, quod publicè sive publica authoritate constitutum est. Eodem sensu & testamenti factio juris publici esse dicitur. *l* 3. *qui testam. fac.* nimirum quia à lege est, seu publica legis auctoritate concessa, *l.* 1. *pr. vers. secundò, ad leg. Falc. l. verbis legis* 120. *de verb. sig.* Atque hæc omnia ad differentiam ejus juris, quod cuique privatim acquiritur ex conventionibus: quippe quæ parem cum legibus auctoritatem non habent; quod Papinianus sic expressit *l. ult. de suis & legit. Privatorum cautiones legum auctoritate non censentur.* Et quod passim legimus jus publicum privatorum pactis mutari aut infringi non posse *l. ius publicum* 38. *de pact. l. Neratius* 20. *de relig. l.* 15. §. 1. *ad leg. Fab. l. neque pignus* §. 1. *de reg. iur.* nihil aliud significat, quàm ex eo jure aut forma ejus juris, quod quacunque de re publicè constitutum est, privatorum pactionibus nihil posse immutari, *d. l. neque* 27. *de reg. iur.* Interdum & jus publicum accipitur pro jure, quod civium omnium ejusdem civitatis commune est. Nam quod Papinian. *in l. inter* 51. §. *pen. de fideiuss.* & Zeno *in l. ultim. C. de rest. in integ.* commune appellant, id eodem sensu publicum appellat Ulpian. *l. nihil consensui* 116. §. 1. *de reg. iur.* itemque Impp *l* 2. *C. ne ux. pro mar.* ad distinctionem, ut videtur, juris singularis sive privilegij, quod certarum dumtaxat personarum proprium

prium est: hoc autem loco ab objecto & fine id solum jus publicum dicitur, quod ad utilitatem publicam, hoc est totius populi universim & conjunctim pertinet; non item ad singulos, nisi secundariò & per consequentiam. Nam quod publicè utile est, id non potest non utile esse privatim; quemadmodum ex privatorum utilitate publicam quoque per consequentias æstimamus, veluti cùm dicimus, *publicè expedire suprema hominum iudicia exitum habere: interesse reipub. ne quis re sua malè utatur*, aliaque id genus.

1 *Rei Romanæ*] id est, reipub. *Romanæ*. Virgilius 6. *Æneid. Hic rem Romanam magno turbante tumultu Sistet eques.* de Marcello loquitur. Ennius: *Moribus antiquis res stat Romana virisque.* Si vocem *Romanæ* detrahas, definitio erit generalis: sed hic adjecta ad differentiam aliarum civitatum, quæ cum Romana collatæ privatorum loco erant, *l. 15. & seq. de verb. sign.* vel potius, quia Iustiniano tantum propositum est, jus Romanæ civitatis tractare, uti & Ulpiano unde hæc sumpta sunt. Iuris publici sunt, quæ pertinent ad religionis cultusque divini curam, ad pacis bellique ordinationem, ad fines & magnitudinem imperij, ad jus legum ferendarum, privilegiorum irrogandorum, tributorum imperandorum, monetarum cudendarum, ad exercenda judicia, delicta coërcenda, magistratusque creandos, per quos hæc expediantur.

Quod ad singulorum] Ius privatum in hac divisione est, quod singulorum civium causa recta & principaliter comparatum est. Itaque & testamenti factio, & retentio Falcidiæ, & usucapio, &c. hoc sensu sunt juris privati.

Dicendum est de iure privato] Iuris publici tractatio difficilior atque sublimior Iustiniano visa est, quàm ut tironibus proponi debeat; ideoque nec nos plura de eo dicemus. Cæterum ut illud obiter moneam, quod locus postulare videtur, apparet ex hac juris divisione, itemque ex definitione jurisprudentiæ, Antonium apud Ciceronem *l. b.* 1. *de orat.* non jurisconsultum, sed leguleium describere, *qui legum & consuetudinis eius, quâ privati in civitate utuntur, & ad respondendum & ad agendum & ad cavendum peritus sit.* Præstantissimam scilicet hujus artis partem, juris publici scientiam, consulto præterijt homo jurisconsultorum gloriæ subinvidens, & iniquè de hac scientia judicans. 2

Tripertitum est] Divisio è causis efficientibus, id est, auctoribus juris, naturâ, naturali ratione, & civitate. Quamquam hic non tam dividitur jus civile, quàm principia ejus & origo indicatur atque secernitur, ut verba, *collectum est*, ostendunt, & notat D. VVesemb. Cæterum non est adeo absurdum, ut multi existimant, jus civile tanquam genus constituere, cujus species sint, naturale, gentium, & civile in specie: dummodo jus civile, quatenus in ea distributione, ut genus consideratur, accipiatur pro eo jure, quo quæque civitas in universum utitur: civile autem in specie, pro eo, quod legislator à se constituit & positivum passim appellatur. Eodem namque sensu Philosophus 5. *Eth.* 7. dividit jus πολιτικὸν in φυσικὸν καὶ νομικὸν. Ius enim naturæ sive gentium communis omnium populorum fons est, unde hauriunt singuli, quod ad suæ civitatis mores accommodent: quamvis id non uno omnes modo faciant; atque huc pertinet quod Cajus scribit in *l. omnes populi*, hoc tit. *Omnes populos partim communi omnium hominum iure uti, partim proprio*: Arist. *d. loc.* appellat νομικὸν & speciem facit τῦ πολιτικῦ. Notat Iustinianum Rod. Agricola. *lic.* 2. *de invent. dial.* quod dumtaxat jus privatum ex triplici illo jure collectum dicat, quasi hoc ipso negaret, jus publicum ex ijsdem præceptis collectum esse. Sed hoc minimè sequitur. Nam satis Iustiniano visum est causam & originem indicare ejus juris de quo dicturus erat, nimirum privati; insuper habito, an ex ijsdem præceptis etiam originem traheret jus publicum. Sed nec rectè dixeris naturam, sive jus naturale, ut id in specie accipiunt Iustinian. & Ulpian. pro jure cum brutis communi, causam esse iuris publici; quod & Baro rectè observavit. Nec tamen assentiendum Mynsingero, qui cum Alciato 1. *parerg.* 31. contendit jus publicum tantum esse ex præceptis civilibus. Nam præterquam quod manifestum est, religionem erga Deum *l.* 2. *hoc tit.* & imperia magistratuum; per ea, quæ Aristot. 1. *polit.* 2. esse ex jure gentium, constat ipsos Romanos sacra, cæremoniasque suas, atque omnia ferè, quæ ad magistratus, aliaque jura publica pertinent, à pleriisque Italiæ populis ac præsertim Hetruriæ accepisse. De communi notitia de Deo locus est omni exceptione major apud Paulum ad *Rom.* c. 1. sunt & apud Cic. 1. *Tusc. & 2. de nat. Deor.* 3

Ex naturalibus præceptis aut gentium, aut civilibus] De numero generum juris dissensisse veteres videri possunt: nam Ulpianus in *l.* 1 § 2. *hoc t.t.* quem hic sequitur Iustinianus, tria genera ponit, naturale, gentium & civile. Caius in *l. omnes populi eod.* duo tantum, commune & proprium; neque Philosophi plura genera agnoscunt, quàm naturale & positivum. Sed tantum in tractandi modo, non in re dissensio est: revera enim duo tantum sunt summa juris genera, naturale & civile seu positivum: sed in hac bimembri divisione primum genus duas priores species tripertitæ 4 5

illius complectitur, in quas etiam deinde subdividi potest. Ulpianus enim brevitatis causa species unius generis cum altero genere unica divisione complexus; quod ei familiare esse apparet ex *l. 4. hoc tit l. 5. de pact.* Nomina quoque generis docendi causa, cùm propria deficerent, speciebus indidit, jus naturale vocans, quod similitudine quadam homini cùm cæteris animantibus commune est, gentium, quod humani generis proprium. Observandum autem est, non omnes, qui jus dividunt in naturale & positivum, hasce species eodem sensu opponere. Nam sunt, qui appellatione juris naturalis intelligunt quidem tum jus, quod hominibus cum brutis commune est, tum etiam jus gentium, quod primævum vulgo appellant; sed jus gentium secundarium, speciem faciunt iuris positivi, sicut & civilis: idque rationi magis consentaneum putant Wesemb. *par hoc tit. num 15. Greg. Lopez animad c. 3. D. Grot. 1. manuduct. ad juri pr. Bat. c. 2.* item *tib. 1. de jur. bell. & pac. cap. 1. n. 9. & seqq.* Alii verò appellatione iuris naturalis positivo opposito complectuntur ius omne, quod non est à potestate civili, nec tantum ius gentium primævum, sed etiam secundarium: quod & veteres interdum faciunt, ut videre est in *l. 1. de acq. rer. dom § singulorum infra de rer. div.* sed sæpius tamen & hi ius naturale ex adverso juri gentium secundario opponunt, ut in *§. 2. tit proximè sequentis inf. de libertin. in pr. l. 4. hoc tit.* In divisione proposita etiam primario opponitur: quæ tamen oppositio vix ullum usum habet, ut demonstrabitur tit. seq. Optima divisio erit, si dicamus ius quoddam esse commune omnium gentium; aliud esse proprium cuiusque civitatis. Quod commune est omnium gentium, partim nobis commune esse cum bestiis, partim proprium generis humani. Proprium generis humani partim homini innatum, partim communi hominum consensu introductum.

TITULUS II.

De Jure Naturali, Gentium, & Civili.

Summa eorum, quæ hic explicantur.

HOc titulo species juris privati, in quas suprà *§. ult. prac. tit.* divisum est, Imperator singulatim persequitur & explicat. Quo peracto iuris civilis Romanorum, quod solum suscepit, tractationem aggreditur: ac primùm illud dividit ex adiuncto in scriptum & non scriptum: scriptum deinde subdividit in suas species, quas ordine item explicat. Posteà ius civile à naturali distinguit ratione diversi effectus. Ad extremum viam sternit ad rectam perceptionem juris constituti, proposita discretione materiæ, circa quam ius omne, quo utimur, versatur.

TEXTUS.

Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam ius istud non humani generis proprium est: sed omnium animalium, quæ in cœlo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque fœminæ coniunctio, quam nos matrimonium appellamus. Hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus enim cætera quoque animalia istius iuris peritia censeri.

NOTÆ.

OMNIA ANIMALIA DOCUIT] *l. 1. §. 3. D. de iust. & iur.* Dicuntur verò hæc κατ' ἐξοχὴν, eo quod quæ huius iuris sunt, etiam bruta faciant, solo quidem impetu naturæ, cæterum cum similitudine sensus ac desiderii humani. Cic. *in Læl.* unde tales brutorum actus Arist. 9. *de hist. anim.* c. 7. appellat μιμήματα τῶν ἀνθρωπίνης ζωῆς. Propriè autem juris capax non est nisi natura utens præceptis generalibus. Grot. 1. *de iur. bell.* 1. νόμων δὲ δίκαιον πρὸς ἀνθρώπους μόνον ἔχειν θέσθαι πεφύκαμεν. Plutarch. *Cat. mai.* In bestiis tantum apparet iuris aliqua imago. *Salmas. de usur. c. 9.*

MARIS ATQUE FOEMINÆ CONIUNCTIO] Lactant. *l. 6. c. 23. Cum excogitasset Deus duorum sexuum rationem, attribuit ipsis, ut se invicem appeterent; & coniunctione gauderent, eaque ratione propagari & multiplicari genera possent.*

EDUCATIO] Cic. 1. *de offic. Quemadmodum communis est animantibus coniunctionis appetitus, ita cura quoque eorum, quæ procreata sunt.* Nam, ut idem *lib. 3. de fin. hæc inter se congruere non possent, ut procreari quidem natura vellet, diligi autem procreata non curaret.* Huc vel maximè pertinet studium tuendi sui adversus vim illatam. Cic. *1. de offic.*

PERITIA CENSERI] Id est, haberi pro peritis huius iuris, eorum numero adscribi. Theoph. τοῖς τιμῶσι τοῦτον τὸν νόμον ἀναγεγραμμένα, id est, *his qui hanc legem observant, adscripta*, quidam malunt, *perita.*

COMMENTARIUS.

1. *Animantia bruta propriè juris capacia non esse & num. 4.*

2. *Parentes*

2. *Parentes alere quo iure liberi teneantur.*
3. *Defensionem adversus vim illatam esse iuris naturæ, & quatenus ea permissa remissivè.*

1 ANimalia bruta tam certum est esse juris expertia, quàm certum est esse ἄλογα sive expertia rationis. Nam inter quos jus est, inter eos & ratio, & æquum, & bonum, & iustitia, & lex, & societas sit necesse est. *Arist. 5. Eth. 10. In equis, in leonibus iustitiam non aicimus,* inquit Cicero *lib. 1. de offic.* Plutarchus in Catone Majore air, νόμῳ, καὶ δικαίῳ πρὸς ἀνθρώπους μόνον χρῆσθαι πεφύκαμεν; & aliàs etiam beatitudo caderet in bruta. Bene igitur D. Grot. *1 de iure bell. & pac. c. 1. num. 11. Propriè iuris capax non est nisi natura præceptis utens generalibus.* Neque quisquam Philosophorum; quod sciam, aut iurisconsultorum ius aliquod in bruta cadere tradidit, præter unum Ulpianum, ex cuius Institutionibus hæc descripsit Tribonianus, ut apparet ex *l. 1. §. 3 de iust. & iur.* Quomodo ergo Ulpianum cum cæteris conciliamus; Simplicissima eorum sententia est, qui per quandâ auxesin & figuratè hæc à Iurisconsulto dici scribunt, propterea quod quæ huius iuris esse dicuntur, ea etiam bruta faciant, idque cum similitudine quadam sensus ac desiderij humani. Unde Aristot. *lib. 9 de hist. anim. c. 7.* tales brutorum actus appellat μιμήματα τῆς ἀνθρωπίνης ζωῆς, vitæ humanæ imitamenta. Cic. 2 *de finib. virtutum simulacra.* Nam ut in brutis apparent simulacra quædam rationis, ita etiam juris, ut idem Cicero testatur, & pluribus ostendit Plutarch. in libello, πότερα τῶν ζώων φρονιμώτερα. Platonis quoque doctrina est, naturam rem unamquamque perfectissimam facere voluisse; ac proinde in plantis sensus, in brutis rationis, in hominibus divinæ mentis vestigia expressisse. Neque aliud sensisse videri debet Plutarchus in libello cui titulus est, τὰ ἄλογα λόγῳ χρῆσθαι, quod alioqui non careret contradictione. Eadem effectu est aliorum responsio, qui aiunt ius naturale formaliter, id est, quoad rationem, non nisi in hominem cadere: materialiter autem, hoc est, quoad appetitum & instinctum naturæ, etiam in bruta: nempe ut hoc explicant *Covarr. in c. peccatum de reg. iur. in 6. part. 2. rel §. 1. n 4. & Ant Fab. iurisp. Papin. tit. 2. pr. 1.* jus naturale dici, quod circa ea versatur, quæ bruta solo instinctu & impetu naturæ faciunt; homines verò etiam cum ratione. Nam cùm homo hæc facit, rationem in consilium adhibet quam veluti ducem lucemque sequitur, cum bestiæ in iisdem agendis sola vi naturæ, & cæco impetu, sine judicio ac ratione ducantur: ad quem etiam modum disputat doctissimus Salmas. *lib. de usur. c. 9.* coque pertinet quod scribit Seneca *lib. 2. de Ira,* animalibus pro ratione impetum, hominibus pro impetu rationem esse.

Maris & Fœminæ coniunctio.] Huc pertinet, quod in Lælio scribit Tullius: *Hoc apparet,* inquit, *in bestiis, volucribus, agrestibus, natantibus, cicuribus, feris, primum ut se ipsæ diligant, (id enim par inter cum omni animante nascitur) deinde ut requirant atque appetant, ad quas se applicent, eiusdem generis animantes: idque faciant cum desiderio & cum quadam similitudine amoris humani.*

Procreatio, educatio.] *Quemadmodum communis est animantium coniunctionis appetitus, ita cura quoque eorum quæ procreata sunt:* ait idem Tullius *1. de offic.* Iustinianus in *l. un. §. taccat, C. de rei ux. act. Ipse,* inquit, *naturalis stimulus,* id est, στοργὴ, *parentes ad liberorum suorum educationem hortatur.* & alibi; *filium vel filiam alere patri necesse est propter ipsam naturam l. ult. §. ipsum C. de bon. qualib.* Et verò *hæc inter se congruere non possunt, ut procreari quidem natura vellet, diligi autem procreata non curaret,* ut scribit *Cic. 3. de finib.* Referunt huc quidam & aliturum parentum: sed malè. Debentur quidem & parentibus alimenta, quod etiam proditum est vulgari proverbio ἀντιπελαργεῖν, sed parentum alimonia non ex eo jure est, de quo hic agitur, quod natura cætera quoque animalia docuit, inter quæ genitum gignenti alimenta non præbet: verum ex alia naturæ lege, quæ humani generis propria est, & in proposita partitione jus genitum dicitur; nimirum ut causa gignens erga genitum afficiatur, ex communi naturæ instinctu est: ut genitum erga gignentem à naturali ratione, quæ pietatem & gratitudinem commendat. *fac. l 2. de just & jur. l. nam & 15. de inoff. test. l. 7. §. 1. unde liberi,* ita cape locum Ciceronis *in orat. de resp aru. p.* ubi ait, parentibus nos primum naturam conciliare, quos non alere nefarium sit, & Valerii qui *lib. 5 c. 4.* scribit, primam naturæ legem esse, diligere parentes. Quod autem de ciconia narratur, id ut singulare, negligendum est. De quæstione quatenus parentes liberos, aut hi vicissim illos alere teneantur, & potrò an frater fratrem, quæ hinc aliena, consulantur *Schneid. hic n. 10. & seqq. D Tulden. & Perez. ad tit. C. de alend. liber. Christin. vol. 3. decis. 143. add D. Grot 2. de iur. Bell. & Pac. c. 7. n. 4. & seqq Pet Fab. Sem. 1.* Nullius autem rei studium altius insitum est à natura omnibus animalibus, quàm studium tuendi sui adversus vim illatam. *Hoc enim omni generi animantium à natura ante omnia tributum esse* scribit M. Tullius *1. de Offic. ut se, vitam, corpusque tuentur, declinentque ea, quæ nocitura esse videantur.* Unde liquet fragmentum auctoris *l. 3 de iust & iur.* temerè à Triboniano subjectum esse *l. 2. eod.* confusaque exempla iuris naturalis

ralis & gentium contra quam propositum erat: quanquam quidam in defensione duo extrema spectanda aiunt, tuitionem & propulsationem injuriæ, quarum illam ad ius naturæ, hanc ad ius gentium referunt. Credo ego Florentinum ius omne finibus humani generis circumscripsisse. Quatenus & quibus conditionibus vim personis vel rebus nostris illatam propulsare permissum sit, ex recepta DD. sententia tradit *Schneid. hic, num.* 12. *& seqq Gail. 2. obs* 110. *num.* 13. *& seqq. D. Tulden. ad tit. C. ad leg. Corn. de sicar. num.* 5. Summa huc redit, ut ne vim propulsando ulciscimagis, quàm tueri nos studeamus; deinde ut ne excedamus moderationem inculpatæ tutelæ. Tunc autem non excessisse intelligimur, cùm aliter periculum evitare non potuimus, *l. scientiam 45. §. pen. ad leg. Aquil. leg.* 1. *C. unde vi, & ibi Don. Add. D. Grot. lib.* 2. *de iur. bell. cap.* 1. ubi *num.* 3 rectè docet ius defensionis per se ac primariò nasci ex eo, quod natura quemque sibi commendat, non ex iniustitia aut peccato alterius; unde periculum est: & ideo si corpus vi imperatur cum præsente periculo vitæ non aliter evitabili, licitum esse inferentem periculum interficere; etiamsi ille peccato careat, puta insania aut insomniis agitetur, ut evenisse quibusdam legimus: neque enim eo tollitur ius se tuendi, cum sufficiat, quod ego non teneor id, quod ille intentat, pati, non magis quàm si bestia aliena periculum intentaret. Sed hæc & similia fortassis alibi latius. Illud repeto, quod superius dixi, si quando brutis animantibus justitia tribuitur, id fieri impropriè ex quadam in ipsis umbra rationis atque vestigio; ac propterea à pleroisque disputationem juris naturalis finibus humani generis circumscribere, *vid. Pet. Fab. 2. sem.* 1. *Salmas. de usur. cap.* 9. *Ioan. Selden. lib.* 1. *de jur. nat. & gent. juxt. disciplin. Ebræor. cap.* 4. *&* 5. ubi etiam Ebræos laudat, qui & ipsi non ex jure aliquo (quod totum versari volunt circa licitum atque illicitum) sed è propensione atque inclinatione tantum aiunt animantium cæterorum actus evenire. Sanè discrimen, quod Ulpianus facit inter jus, quod animantibus cæteris cum homine commune est, quod arctiori significatu appellat naturale, & illud, quod hominum proprium est, quod sæpè jus gentium nuncupatur, vix ullum usum habet: quoniam utrum actus ipse, de quo jus naturæ constituit, sit nobis communis cum aliis animantibus, ut prolis educatio, an nobis proprius, ut cultus Dei, ad juris ipsam naturam nihil refert. *§. pen. inst. eod.*

TEXTUS.

1. *Ius autem civile à jure gentium distinguitur, quod omnes populi, qui legibus & moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur: Nam quod quisque populus sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est: vocaturq; jus civile, quasi ius proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes gentes peraque custoditur; vocaturq; ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utantur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. Quæ singula qualia sint, suis locis proponemus.*

NOTÆ.

1. QUISQUE POPULUS] Ex *l.* 9. *de just. & jur.* populus scil. alieno imperio non subiectus, aliàs juris condendi potestatem non habet, nisi quatenus ille, cui paret, concessit, *l. αξιωσις. D. de leg Rhod.*

VOCATURQUE IUS CIVILE] Nempe in specie, quod à se civitas constituit: qualia multa in duodecim tabulis. Nam jus civile sumptum pro universo jure civitatis, etiam jus naturale & gentium complectitur, quo sensu Aristot. *Ethic.* 7. dividit jus. πολιτικὸν & νομικὸν.

NATURALIS RATIO] Ius gentium non ex institutis populorum æstimandum est, sed ex eo, quod justum esse ipsa naturalis dictat ratio, id est, insita animis hominum notitia honesti & turpis, justi & injusti, V. C. Incesta, adulteria, furta naturâ turpia & illicita sunt; etiamsi gentes repertæ, in quibus hæc permissa aut non punita, vid. *Gell.* 11. *noct. Attic. 18. Alex. ab Alex.* 1. *Gen. dier.* 24. *Platon.* 1. *de legib. Cic.* 1. *de legib.*

APUD OMNES POPULOS] Aut certè moratiores: nam quid naturale sit, spectandum in his, qui bene secundùm naturam se habent, non in depravatis, teste Aristot. 1. *polit.* 5 Videtur hic tantùm definiri species juris gentium excellentior, quæ vulgò jus gentium primævum.

COMMENTARIUS.

1 *Populum alterius imperio subiectum leges condere non posse: & quatenus statuta.*

2 *Divisio iuris civilis in merum & mixtum explicata*

Ministerio de Cultura 2024

explicata & illustrata exemplis.

3 *Ius gentium quod hic definitur, & ipsum revera naturale esse.*

4 *Vulgaris distinctio juris gentium in primævum & secundarium defensa & explicata.*

1 QVod quisque populus] Suis scilicet legibus & moribus vivens: nam si quæ civitas alterius imperio subjecta est; ea non plus juris habet in jure constituendo, quàm ille cujus imperio subjecta est, concessit, *l. ἀξ ωτις de leg. Rhod.* Hinc est, quod municipia meliore hac in re conditione erant, quàm coloniæ: quia municipijs concessum erat, ut suis legibus & moribus uti possent. Coloniæ autem jura institutaque omnia populi Rom. non sui arbitrij, habebant. *Gel lib. 16. cap. 13.* Cæterum statutorum condendorum, quemlibet magistratū in suo territorio jus habere tradunt *DD. in l. omnes populi hoc tit.* unde hic locus descriptus est: quæ tamen statuta non aliter valeant, quā si non derogent juri communi: & ut valeant, sciendum tamen est, non valere jure legis; sed salvum semper manere jus superioris, ut pro auctoritate sua ea abrogare possit, *l. 3. §. Divus 5. de sepulc. viol.* Usu quoque servari tradit *Schneid. in §. constat inf. eod.* ut statutorum confirmatio à superiore petatur, quod & juri consentaneum cum Hieronym. de Cævallos censet D. Christin. *volum 2. decis. 55. num. 5* quamvis id necessarium non esse plerique tradiderint. Apud nos sanè magistratus inferiores jus statuta condendi non habent, nisi quatenus id à Principe, aut qui vicem ejus gerit, impetrarunt: alioqui necessaria est superioris approbatio, *D. Merul lib. 1. tit. 4. cap. 5. D. Grat. 1. manud. cap. 2.* De statutis, præter alios, videri possunt *D. Nic. Burgund. ad consuet. Fland tract. 1. Christin. vol. 2. dec. 2. 3. 4. 5. 54 56. 57. & 59.*

Vocaturque jus civile] In specie nimirum: nam jus civile sumptum pro eo jure, quo in universum civitas utitur, etiam jus naturale & gentium, quatenus receptum est, comprehendit: eoque sensu obligationes, quæ ex contractibus juris gentium descendunt, dicuntur civiles; licet à legislatore civili nihil habeant, præter approbationem, *§ inf de oblig.* Hoc igitur jus dicitur civile à causa efficienti, quæ est voluntas alicujus civitatis, aut ejus, qui jus legis ferendæ in ea habet, non communis gentium aut naturalis ratio. Ab Aristotele legitimum dicitur, vulgò positivum. Potest verò hoc jus amplioris doctrinæ gratia sic distingui, ut aliud dicatur merum & simpliciter civile; quo pertinent leges omnes, quæ ideo tantum justæ sunt & obligant, quia à civili potestate sanciræ; cujusmodi sunt jura adoptionum, usucapionum, donationum inter conjuges, senatusconsulta Macedonianum, Vellejanum, Tribonianum, leges Ælia Sentia, Iunia Norbana, Fusia Caninia, Voconia, Furia, Falcidia, & in multis capitibus lex duodecim tabularum: aliud κ ν, quod mixtum rectè dixeris, cum scilicet juri communi lex civilis aliquid addit aut detrahit, aut quod illo jure indeterminatum est, determinat: quo sensu matrimonia, patria potestas, tutelæ, testamenta, successiones, actiones, & id genus alia juris civilis esse dicuntur, nempe quia certa & propria quadam forma à jure civili donata sunt, atque ita determinata, ut certus eorum usus sit, atque inter cives tantum, exclusis ab eorum communione extraneis & peregrinis. Atque de hoc jure civili mixto accipiendum est, quod scribit Ulpian *l. 6 de Iust. & Iur. cum additur aliquid aut detrahitur juri communi, jus civile effici*: alioqui omnia ferè, quæ constituta sunt, juris merè civilis & positivi dicenda forent. Illud in universum verum est, juris civilis nomen non mereri, quod directò pugnat cum ratione juris naturæ, *d. l. 6. in pr.*

Naturalis ratio] Ait Imperator jus gentium esse, *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit.* Unde sequitur, jus hoc non ex legibus aut institutis populorum æstimandum esse; sed ex eo, quod justum esse dictat ipsa ratio naturalis, id est, insita animis hominum notitia de honesto & turpi, justo & injusto. Quam ob causam & ipsum quoque jus naturæ passim appellatur, & æquum & bonum, 3
& naturalis æquitas, & natura. Id quod notandum est adversus eos, qui negant quicquam naturā justum esse, sed tantum lege & consuetudine: contra quos disputat *Cicer. 1. de legib. & Aristot. 5. Eth. 7. add. Platon. 1. de legib. Laërt in Pyrrh. & Aristip.* Exempli gratia; dictat naturalis ratio, delicta, puta furta, adulteria, naturā turpia esse puniendā *l. probrum 42. de verb. sign. l. 1. §. 3. de furt.* Reperti tamen sunt, apud quos hæc flagitia permissa atque impunita fuerunt, *vid. Gell. lib. 11. c. 18. Arnob. adv gent. lib. 8. Alex. ab Alex. lib. 1. c. 24 Alber. Gentil. 5. de nupt. c. 7.* Jure gentium incestum committir, teste Paulo in *l. ult. de rit nupt.* qui ex gradu ascendentium aut descendentium uxorem ducit: quod etiam saniores omnes philosophi agnoscunt: nihilominus, ut Ovidius lib. 10 Metam.

Gentes tamen esse feruntur,
In quibus & nato genitrix, & nata parenti
Iungitur.

Harum, inquam, gentium barbari mores & pravum judicium efficere non possunt, ut id quod natura justum aut injustum, turpe aut honestum est, tale esse desinat; quomodo & Socrates disputat apud Xenophontem *lib. 4. memor. b.*

Omnes gentes] Aut certè moratiores. Nam naturale

Ministerio de Cultura 2024

naturale rectè dicitur, interprete Michaële Ephesio ad Nicomachia, *quod apud pleroſque non corruptos aut pravos, ſed naturæ convenienter ſe habentes, obtinet.* Ariſtoteles 1. *polit.* 5. quid naturale ſit, ſpectandum ait in his, *quæ bene ſecundùm naturam ſe habent, non in depravatis.* Bellè Salmaſ. *de uſur. pag.* 243. *& ſeq.* Videtur autem Imperator hic tantum definire voluiſſe ſpeciem iuris gentium excellentiorem, nempe ius gentium primævum, ut id DD. appellant; neque enim hæc definitio æquè accommodari poteſt iuri gentium ſecundario, quod in §. *ſeq. verſ. nam uſu.* ita deſcribitur, ut reſpectu iuris primævi quodammodo poſitivum dici poſſit: quanquam cum etiam ſecundarium naturali ratione ἐξ ὑποθέσεως nitatur, neque id apertè conſtituerit, aut ſanctione aliqua introductum ſit, ſed tacita tantum, communi tamen conſenſione gentium receptum, naturale quodammodo eſt, & à poſitivo ſecerni poteſt. Atque hoc etiam puto ſentire Ariſtotelem *d. lib.* 1. *c.* 4. Ubi ait eſſe quoddam ius gentium κατ' ὁμολογίαν. Ut autem paucis explicem, qua ratione Doctorum illa iuris gentium diſtinctio in primævum & ſecundarium nitatur, quod hic locus quodammodo flagitat. Nata eſt ea diſtinctio ex duplici conſideratione rationis ſeu potius intellectus iudicantis. Ut enim ratio, ſicut phyſici docent, vel ſimplex eſt & pura, quæ ſine diſcurſu iudicat, & Græcis νοῦς ſive νόησις dicitur; vel compoſita & comparata, quæ per diſcurſum munus ſuum exequitur, & collatione diverſarum rerum aliquid colligens, Græcis διάνοια & λογισμὸς: ita & duplex eſt ius gentium; unum quod à ſimplici illa ratione ſtatim ſeu intellectu νοητικῷ, cuius iuris ſunt cultus Dei, reverentia parentum, neminem lædere, ſuum cuique tribuere, ab alieno manus abſtinere, aliaque eiuſcemodi principia practica, quibus ultrò ſine argumentatione aut demonſtratione aſſentimur, & iuſta eſſe ſine agitatione mentis intelligimus: alterum, quod à compoſita ſeu intellectu λογιστικῷ; quod diſcurſum & ratiocinationem habet, atque ex cauſa demum aliqua aut hypotheſi & comparatione alterius rei iuſtum eſſe intelligitur: cuius generis ſunt ea omnia, quæ ad vitæ communis commoda coniungendaſque inter ſe reſpublicas & gentes à viris ſapientibus excogitata in uſum omnium gentium aut plerarumque pervenerunt. Exempla habemus in § *ſeq. verſ. nam uſu.* & elegans in *l.* 1. *ff. de contr. empt.* Quod ius à ſimplici illo intellectu eſt, primævum DD appellarunt; quod à compoſito, ſecundarium; primum immutabile, ſecundum mutabile.

TEXTUS.

2. *Sed jus quidem civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Athenienſium. Nam ſi quis velit Solonis vel Draconis leges appellare jus civile Athenienſium, non erraverit. Sic enim & jus, quo Romanus populus utitur, jus civile Romanorum appellamus, vel jus Quiritum, quo Quirites utuntur. Romani enim à Romulo, Quirites à Quirino appellantur. Sed quoties non addimus nomen, cujus ſit civitatis, noſtrum jus ſignificamus: ſicuti quum poëtam dicimus, nec addimus nomen, ſubauditur apud Græcos egregius Homerus, apud nos Virgilius. Jus autem gentium omni humano generi commune eſt. Nam uſu exigente, & humanis neceſſitatibus, gentes humanæ jura quædam ſibi conſtituerunt. Bella etenim orta ſunt, & captivitates ſecutæ, & ſervitutes, quæ ſunt naturali juri contrariæ. Jure enim naturali omnes homines ab initio liberi naſcebantur. Et ex hoc jure gentium omnes penè contractus introducti ſunt, ut emptio & venditio, locatio & conductio, ſocietas, depoſitum, mutuum, & alii innumerabiles.*

NOTÆ.

2. SOLONIS VEL DRACONIS] Prior Draco leges Athenienſibus dedit, in quibus nihil memorabile præter pœnarum acerbitatem. Unde Demadis illud laudatur, ὅτι δι' αἵματος, ἀλλὰ μέλανος τὰς νόμους ὁ Δράκων ἔγραψε. Draconis leges non atramento, ſed ſanguine ſcriptas fuiſſe. Plutarch. *in Solon.* Solon deinde alias ſcripſit, quibus Athenienſes feliciſſimè ſunt uſi. vid. Gell. *lib.* 11. *c.* 18.

QUIRITES A QUIRINO] Plerique tradunt pace facta inter Sabinos & Romanos placuiſſe, ut Romani etiam Quirites à Curibus Tatii Sabinorum regis patria vocarentur. *Varr.* 4. *de ling. Dion. Halic.* 2. *Plutarch. in Romul Ovid* 2. *Faſt.* In aliis eſt, *Romani enim à Quirino Quirites appellantur.* Hotom. Cuiac. Weſ.

IUS NOSTRUM] Καθ' ἐξοχήν. De Romani iuris excellētia diſſerit M. Tull in perſona Craſſi *l* 1. *de orat.*

USU EXIGENTE] Huius igitur ex parte cauſa eſt uſus & indigentia. Ariſtot 1 *polit.* Unde Dio Chryſoſt. *orat.* 76. hoc ius appellat ὄρεγμα βίου

καὶ χρόνου, *inventum usus & temporis*. Exemplo potest esse inventio nummi, cui causam præbuit difficultas permutationum, *l.* 1 *D. de contr. empt.*

NECESSITATIBUS HUMANIS] Hic locus confirmat receptam iuris gentium distinctionem in primævum & secundarium. Illud enim, de quo §. 1. non est excogitatum aut inventum usu exigente, sed nobiscum natum: qualia sunt, Deum colere parentes revereri, neminem lædere, &c.

NATURALI IURI CONTRARIÆ] Ex hypothesi tamen & hæc naturalem rationem habent, puta si vim nobis illatam armis repellamus.

OMNES PENE CONTRACTUS] τὸ *penè* additum est δὶ εὐλάβειαν φιλοσόφων. Sunt enim quidam jure civili introducti, *l.* 5. *D. de iust. & iur.* veluti stipulatio, obligatio literarum, donatio propter nuptias.

COMMENTARIUS.

1. *Ius Romanum quasi gentium quoddam ius apud omnes coli.*
2. *Confirmatio distinctionis iuris gentium in primævum & secundarium.*
3. *Etiam inter ea, quæ iuris secundarij, distinctione opus videri.*
4. *Bella & Belli effecta quo adspectu iuri naturali contraria.*

EX *unaquaque civitate*] Jus civile non retinet unum idemque nomen; sed à nomine ejus civitatis appellatur, quæ id constituit: ut in hoc quoque discrepet à iure gentium.

Solonis vel Draconis] Prior Draco leges Atheniensibus dedit, in quibus Aristot. 2. *Pol.* 10. scribit nihil memorabile præter pœnarum acerbitatem fuisse. Pœna namque capitis fraudes propè omnes multabat. Unde Demadis illud laudatur; ὅτι δι αἵματος, οὐ διὰ μέλανος τοὺς νόμος ὁ Δράκων ἔγραψε *Draconis leges non atramento, sed sanguine scriptas fuisse. Plutarch. in Solone.* Solon deinde magna earum parte abrogata alias descripsit, quibus Athenienses felicissimè sunt usi vid. *Aul. Gell. 1. li.* 11. *cap.* 18.

1. *A Quirino Quirites*] Plerique tradunt pace facta inter Sabinos & Romanos placuisse, ut Romani etiam Quirites à Curibus, Tatii Sabinorum regis patria, vocarentur. *Varr.* 4. *de ling. Dionys. Halicarn. lib.* 2. *Plutarch. in Romul.* Cur Romulus dictus sit Quirinus, triplicem causam affert *Ovid.* 2. *Fastor.*

Nostrum ius] Κατ' ἐξοχὴν. De Romani iuris excellentia disserit M. Tullius in persona Crassi *lib.* 1. *de orat.* Hodie ius civile Romanorum quasi gentium quoddam ius commune apud totam ferè Europam observatur, utique in quibus causis propriæ leges aut consuetudines deficiunt. Sed & ad huius normam dirigitur interpretatio quarumcumque constitutionum ac consuetudinum, quæ illi manifestè non repugnant: ac tametsi repugnent, tamen in ambigua facti specie eiusdem æquitate mitigantur, & ita coërcentur, ut commune hoc ius quam minimũ lædant, de quodo ctè & acutè *D. Diod. Tulden. in comm. hic cap.* 3. plenè *D. Andr. Gail.* 2. *observ.* 33.

Usu exigente] Hic locus confirmat receptam iuris gentiũ distinctionem in primarium & secundarium: quanquam vitio non caret, quod Tribonianus non apertius distinctionem proponit. Primarium enim non ab hominibus excogitatum aut introductum est; sed nobis ingenitum: quemadmodum & notitiæ illæ simplices, unde illud promanat, mentibus nostris divinitus insitæ & in cordibus nostris insculptæ sunt, etiam Apostolo teste *cap.* 2. *ad Roman.* Secundarium autem (quod Grotio 1. *de Iur. bell. cap.* 2 *n.* 4. est voluntarium) ab hominibus inventum est & mentis quadam agitatione, comparatis inter se aliis atque aliis rebus, excogitatum ad communem vitæ usum retinendamque gentium inter se societatem: ut huius iuris ex parte causa sit usus & indigentia, teste Aristot. 1. *polit.* Quamobrem rectè Dio. Chrysostomus *orat.* 76. hoc ius ait esse σύρεμα βίου καὶ χρόνου, *inventum temporis & usus*: & hinc Dioni Prusæensi ἀναγκαῖα νόμισις appellatur, multumq; ad probationem huius iuris utimur auctoritate illustrium Historicorum. Hoc igitur ius non tam rationis luce exortum, quàm ratiocinationis ductu collectum est, & usu exigente accommodatum non tam naturæ integræ bonitati, quàm corruptæ necessitatibus: conjungitque respub. & gentes inter se, quarum tacito quasi fœdere & conspiratione censetur. 2.

Gentes humanæ] Non quod legis sanciendæ causa gentes omnes in unum convenerint: sed quia illud ius propter communem utilitatem tacito consensu gentium approbatum & ab omnibus receptum est.

Bella orta sunt] Etiam inter ea quæ sunt Juris gentium secundarii: aliqua distinctio facienda videtur. Nam initio simulatque societates humanæ constitutæ sunt, simul necesse fuit dominia distinguere, iura commerciorum introducere, bella autem postea orta sunt, utpotè quæ malitia hominum & habendi libido introduxit, & consequenter etiam bellorum iura. Scitè Portius § *præc. num.* 3. *bella*, inquit, *sunt ex iure gentium non dispositivi, sed occasionaliter, distinctis dominijs.* 3.

Iuri naturali contraria] Bella & hinc secutæ captivitates & servitutes, si per se spectentur, à

ratione naturali prorsus aliena sunt: neque enim quod utilitas omnium gentium exigit, societatem humanam bella tuentur, sed oppugnant atq; evertunt. Ex hypothesi tamen & hæc rationem naturalem habent. Etenim si vim & injuriam nobis aut sociis nostris illatam vi & armis defendamus, aut etiam vindicemus, captos hostes etiam in servitutem nostram redigamus, ut metu talis pœnæ improbi ab iniuria in posterum abstineant, nemo, opinor, est, qui negabit hoc summa cum ratione fieri; de quo iterum & latius tit. seq.

Omnis penè contractus] τὸ penè addidit δι' ἀλάθειαν φιλοτόφον & est temperamentum Jurisconsultis familiare, qui passim hujusmodi particularum adjectione sibi cavere solent, quando quid generaliter enunciant aut definiunt, propterea quod in jure generalis definitio plerumque periculosa est, *l. omnis definitio de reg. jur.* quòd & Justinianus hic facit, respiciens haud dubiè ad *l. 5. de inst. & iur.* ubi Hermogenianus scribit, quosdam contractus à jure civili introductos esse; quinam autem isti sint, non definit. Vulgò quidem putant esse hos quatuor, stipulationem, obligationem literarum, contractum emphyteuticum, & sponsalitiam largitatem: sed quam rectè, suis locis videbimus. Illud interim hic affirmare ausim, nullam obligationem dici posse simpliciter & absolutè esse juris civilis; sed κατά τι duntaxat, quatenus non nisi sub certo modo & forma ex consensu obligatio jure civili producitur.

Emptio & venditio, &c.] Hæc certa auctoritate juris auctorum probantur: quamvis in quæstionibus, ubi rei veritas exquiritur (qualis hæc est, an aliquid sit juris gentium nec ne) non tam auctores, quàm rationum momenta in disputando quærenda sunt, ut scribit Cicero 1. *de natur. Deor.* & posita hæc sunt extra potestatem legislatoris.

TEXTUS.

3. *Constat autem jus nostrum, quo utimur, aut scripto, aut sine scripto: ut apud Græcos τ νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δ' ἄγραφοι. Scriptum autem jus est, Lex, plebiscitum, senatusconsultum, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentum.*

NOTÆ.

3 QUO UTIMUR] Abest à *l. 6. §. 1. D de inst. & iur.* unde hæc sumpta, nec Cujac. Wesemb. agnoscunt.

SCRIPTO AUT SINE SCRIPTO] Distributio juris civilis à forma & modo constituendi ex *de l. 6. §. 1.* alterum enim expressè sancitur & scripto promulgatur, alterum tacito consensu utentium introducitur, *l. 32. D. de legib.*

APUD GRÆCOS] Plat. *lib. 7. de legib.* & apud Laërt. Aristot. 1. *Rhetor.* qui & 3. *Ethic.* meminit legum κατὰ τὰ γεγραμμένα & κατὰ τὰ ἄγραφα.

SCRIPTUM] Subdivisio juris in sex species Papinianus *l. 7. D. de inst. & iur.* quinque tantum enumerat: sed ille arctius jus civile accipit, eique prætorium, ut speciem diversam, opponit. Mox tamen Marcianus jus honorarium vivam appellat vocem juris civilis, *l. 8. D. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Scripturam non pertinere ad legis essentiam.*
2. *A quo tempore lex obligare incipit.*

JUs scriptum divisione proposita non opponitur omni iuri non scripto: nam & jus naturale ac gentium est ἄγραφον τι; sed tantum ei juri, quod moribus & longa consuetudine introductum est: eodem enim sensu jus dividitur in legem & consuetudinem; legis voce latius accepta pro quavis parte juris scripti. Desumptus hic locus est ex *l. 6. §. 1. & l. seq. de inst. & iur.*

Scripto aut sine scripto] Distributio juris civilis ex accidenti & causa instrumentali. Nam formalis differentia legis sive ejus juris, quod opponitur iuri non scripto aut consuetudini, non est scriptura; sed expressa voluntas & sanctio civilis potestatis: sicut è contrario consuetudo aut jus non scriptum formam & essentiam suam habet à tacita voluntate & consensu utentis populi, § *sine scripto inf. eod. l. de quibus 32. de leg.* Huius rei evidentissimum argumentum est, quod nec consuetudo in scripturam redacta lex sit, nec lex non scripta consuetudo. Lacedæmonii scriptis legibus usi non sunt, legibus tamen usi sunt, atque una τ καλαμέτον ῥητρῶν hæc erat, μὴ χρῆσθαι ὁμοίοις, ἐγγράφοις scriptis legibus non uti. *Plutarch. in Lycurg.* Atque ut è Romana rep. exemplum petamus; nunquid lex erat, cum rogante Magistratu, *velitis, iubeatis Quirites, &c.* populus in tabellis respondisset, *uti rogas*? Quod autem rei jam in esse suo constitutæ ex accidenti supervenit, id de illius rei essentia non est. At enim, inquies, id sine quo lex non obligat, id utique est essentiale: sine scriptura autem non obligat, cùm sine ea in notitiam populi pervenire non possit. *arg. l. leges sacratissim. C. de legib.* Ut de propositione nihil in præsentia dicam, falsam esse assumptionem evincit, tum exemplum prolatum, tum leges, quas diximus Lacedæmoniorum. Ratio.

tio quoque assumptionis falsa est. Quid enim? an non voce præconis quoque lex promulgari potest? Et proinde, certum est in *l. humanum, C. de legib.* faciliorem tantùm promulgandi rationem proponi. Cur igitur legem appellamus jus scriptum? Quia nimirum postquam lata esset, scribi solebat & scripto promulgari, aut in tabulis inciſa publicè proponi, quo & cognoſceretur facilius & minore negotio probaretur. Moris quoque erat apud Romanos, ut qui legem ferre vellet, eam trinundino promulgaret, id est, de sua lege ad populum diceret, eamque scriptam publicè propositam haberet, quo potestas fieret populo cognoscendi otiosè, & ut inde liceret librariis describere, si qui vellent legem apud se habere, ut liquet ex 2. Agraria. Planè si non alio modo promulgandi civitas utatur, quàm per scripturam, potest dici scripturam ad vim legis necessariam esse: neque enim antè lex vi sua constat, civesque ad observationem vel pœnam obligat, quàm populo innotescere potuerit, quod sine promulgatione sive publicatione aliqua fieri non potest. *l. 7. cum 2. seqq. C. de legib. Perez. ad Cod. de*
2 *legib. num.* 18. An igitur lex statim ut publicata est, obligat? Maximè: eoque jure utimur, extra quam si certum tempus nominatim lege comprehensum sit, ex quo vim capiat, ut fit interdum, *Nov. 57. in fin. Nov. 116. cap. 1.* Extat sanè constitutio quædam ἐκ τῶν πατέρων, quæ indulget spatium duorum mensium à die publicationis, observandum in omnibus novis legibus, *Nov. 66. cap. 1.* Verùm ea constitutio rectè sic à plerisque accepta est, ut prosit hoc spatium ad allegationem ignorantiæ, atque ut hæc interim præsumatur, non quin lex promulgata citius obstringat eum, in cujus notitiam ante pervenit. Quod si quis post lapsum istius temporis ignorantiam alleget, esse quidem adhuc audiendum, sed hac conditione, ut causam ignorantiæ, quam allegat, probet, per *l. ult. de decret. ab ord. fac. Gudelin. 5. de jur. nov. c. 2. ad Christin. vol. 2. dec. 52. num. 3. & seqq.*

Scriptum autem jus] Subdivisio juris scripti, quæ quidem ad juris præsentis auctoritatem non multum pertinet: omnia enim, quæ in libris nostris continentur, auctoritate Justiniani nituntur, *l. 1. & 2. C. de vet. jur. enucl.* Sed quoniam hæc confirmavit Justinianus, quia in veteri jure erant, ideo & hic & in π' extare voluit testimonia ex jure priorum temporum, ut juris constituti historia intelligeretur.

TEXTUS.

4. *Lex est, quod populus Romanus senatorio magistratu interrogante (velut consule) constituebat. Plebiscitum est, quod plebs plebeio magistratu (veluti tribuno) constituebat. Plebs autem à populo eo differt, quo species à genere; nam appellatione populi universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis & senatoribus. Plebis autem appellatione sine patriciis & senatoribus cæteri cives significantur. Sed & plebiscita lege Hortensia lata non minus valere, quam leges cœperunt.*

NOTÆ.

4. LEX EST] Legis nomen hic strictissimè accipitur, aliàs jus omne scriptum significat opponiturque consuetudini, ut passim in libris nostris, & apud Cic. 1. *de legib* sæpè etiam non minus latè extenditur, quàm vocabulum juris, ut & νομὸς apud Græcos.

INTERROGANTE] Mallem *rogante*, ut quidam. Rogabat magistratus populum his verbis, *Velitis, jubeatis Quirites*, &c. Populus respondebat in tabella vel A. id est, *Antiquo*, vel V. R. id est, *uti rogas.*

VELUTI CONSULE] Item dictatore & prætore, non etiam censore. Addit Hotomanus & interregem; sed perperam. Nam interregibus comitia habere ferendis legibus non licuit, ut patet ex 3. in *Rullum* vid. Nic. Gruch. *1. de comit. Rom* 3.

PLEBISCITUM] Ἀπὸ τοῦ ψηφίζεσθαι, quod est decernere & constituere, non ἀπὸ τοῦ scire. Fabrot.

VELUTI TRIBUNO] Alium magistratū plebeium rogationem ad plebem tulisse nemo prodidit.

QUO SPECIES A GENERE] Rectius dixisset, *quo pars à toto.* Populus enim est τὸ πολίτευμα quod ex partibus suis plebe & patriciis constat. Interdum tamen populum pro plebe dixerunt. Gloss. gr. lat. δῆμος, populus vulgus.

LEGE HORTENSIA] Primum lege Horatia secessione in Aventinum; deinde lege Hortensia, secessione in Janiculum. Cujacius ex Liv. & Plin. add. Gell. 15, cap. 27.

COMMENTARIUS.

1. *Legis varia significata.*

2. *Non omnibus magistratibus senatorijs legibus ferendis comitia habendi jus fuisse.*
3. *Patricios genere semper, non ordine à plebeis distinctos.*

SEquitur singularum juris scripti partium explicatio; cui nos lumen aliquod ex antiquitatis memoria afferemus, cujus ignoratio crassos errores peperit.

1. *Lex est*] Legem à *legendo* dictam scribit Cicero *li. 1. de leg.* quoniam in lege inest vis delectus: jubet enim quæ honesta sunt, prohibetque contraria. Unde vocabulum legis non minus latè patet, quàm iuris: tam enim dicimus, lege naturæ quid concessum aut veritum esse, quàm iure, ut apud Ciceronem passim: frequentissimè autem legem appellamus, quæ scripto sancit, quod vult; eaque popularis est huius vocis significatio, teste eodem Cicerone *d. lib. 1. de leg.* Neque tamen omnis scripta sanctio arcto significatu lex est, sed ea tantùm, qua universus populus obstringitur: nec alia de causa plebiscita inirio leges dicta non sunt, quàm quod partem tantùm civium obligabant. At post legem Hortensiam plebiscita non minus propriè leges appellata, quàm quæ populus centuriatim iussisset.

2. *Senatorio magistratu*] Lex ferebatur comitiis centuriatis à magistratibus, penes quos erant maiora reipubl. auspicia puta à consule, dictatore, vel prætore, non autem ab omnibus magistratibus senatoriis aut curulibus; non à censore, interrege, aut ædilibus curulibus. Interreges quidem magistratibus creandis centuriata comitia habere poterant: sed legibus ferendis habere iis non licuit, ut apparet ex 3. *in Rullum.* nimirum quia in interregno nihil prius cum populo agi licebat, quàm subrogati essent ordinarii magistratus. Sed neque censores, centuriatis comitiis legem tulisse usquam legimus, cumque leges censorias apud auctores reperimus, pro censorum subscriptionibus, ut Cicero *pro Cluentio* appellat, aut locationibus censoribus factis, ut *7. in Verrem*, accipi debent. Populi tamen vocandi jus habuisse ex iis, quæ de lustri condendi ratione Livius commemorat, ostendi potest. Postremò nec ædiles curules ulla comitia habuisse usquam invenias, qui nec aliàs jus agendi cum populo habuerunt, præterquam in mulctæ cognitione; de quo vide *Nic. Gruch. lib. 2. de comitijs Rom. c. 3.*

Interrogante] Rogabat magistratus his verbis; *Velitis, jubeatis Quirites*, &c. populus respondebat in tabella vel per litteram *A.* id est *antiquo*: vel per *V. R.* id est, *uti rogas*, quod ex antiquorum plerisque locis intelligitur, *vid. Agell. lib. 10. cap. 20.*

Veluti Tribuno] Tribuni & ædiles plebeii proprii plebis magistratus erant: sed ædiles rogationes ad plebem tulisse nemo prodidit. Plebiscita comitiis tributis, leges centuriatis aut curiatis ferebantur: qua de re antiquitatis studiosi consulant Car. Sigonium, & Nic. Gruchium, qui ex professo de comitiis Romanorum & quæ res quibus comitiis tractari solitæ, scripserunt, quædam & nos notavimus sub §. 1, *inf. de testam. ord.*

Quo species à genere] Rectius dixisse, quo pars à toto. Est quidem & genus quoddam totum, sed universale, & species pars generi subjecta: sed tale totum non est populus: sed σύνολόν τι, quod ex partibus suis, plebe & patriciis constituitur.

Sine patricijs & senatoribus] Hæc ad rationem priorum temporum proponi videntur, quibus honores & dignitates omnes soli patricij sibi vindicabant. Nam ex quo etiam plebi aditus ad magistratus populi & in senatum esse cœpit, senatores plebeiis opponi desierunt. Sanè patricii gente sive genere à plebiis semper distincti fuerunt. Dico genere: nam quod ad ordinum pro censu cuiusque distinctionem attinet, certum est multos è patriciis familiis, puta qui equestrem aut senatorium censum non habebant, in ordine plebeio, & contra plurimos ex plebeiis gentibus in ordine equestri aut senatorio fuisse. Quin olim etiam antequam ex censu maximo senatores esse cœperunt, quod postremis temporibus factum esse scribit Plinius in *proœm. l. 14.* ipsi senatores, qui minimi sensus erant, inter pedites numerabantur, & suffragium si ferre vellent, in quinta classe suffragium dicere debebant, vid. *Gruch. lib. de comit. Rom. cap. 4.*

Lege Hortensia] Tribunitiis rogationibus initio pars tantum civium, non omnes adstringebantur. Primi L. Valerius & M. Horatius consules, cùm veluti in controverso jure esset, tenerenturne patres plebiscitiis, legem centuriatis comitiis tulerunt, ut quod tributim plebs iussisset, populum teneret. Id factum anno ab urbe condita 304. secessione secunda in Aventinum. *Liv. lib. 3.* Idem postea confirmatum lege Hortensia lata à Q. Hortensio dictatore successione tertia in Janiculum, anno ab V. C. 367. Et iterum à Dictatore Q. Publilio, anno ab V. C 413. vid. *Liv. lib. 8. Flor. in epit. 11. Gell. lib. 15. c. 27.*

Non minus valere quàm leges] *Ita factum est*, ait Pomponius *l. 2. §. deinde 8. de orig. jur. ut inter legem & plebiscitum species interesset constituendi: potestas autem eadem esset.* In summa ut plebiscita etiam leges revera & essent & appellarentur.

TEXTUS

TEXTUS.

5. *Senatusconsultum est : quod senatus jubet atque constituit. Nam cùm auctus esset populus Romanus in eum modum, ut difficile esset in unum eum convocari legis faciendæ causa ; æquum visum est, senatum vice populi consuli.*

NOTÆ.

5. AUGUSTUS ESSET POPULUS] Ita & in *l.* 2. §. *deinde* 9. *de orig. jur.* An autem hæc causa fuerit, an potius ambitio & astutia Cæsarum, melius ex Tacit. 1. *annal.* & Sueton. *in Tiber.* disces. Quibus modis Senatusconsultum fieret, vide Varronem apud Gellium *lib.* 14. *c.* 7. In notis S. C. D. *Senatusconsultus decrevit* Grot.

COMMENTARIUS.

1. *Quando & unde senatus juris condendi auctoritatem acceperit.*

COnstat jus legis ferendæ stante adhuc republica, solius populi, non senatus fuisse : cui quidem, ut consilio publico, permissum erat de iis rebus, quæ ad constituendam rempubl. pertinebant, cognoscere atque decernere ; sed ita, ut quæ majoris momenti viderentur ; non aliter rata essent, quàm si ea aut populus, aut plebs confirmasset. *Polyb. lib.* 6. *Dionys. Halic. lib.* 4. *&* 7. nec ullo senatusconsulto aut jus novum introductum aut vetus sublatum legimus : ac ne Iulio quidem & Augusto imperantibus ulla hujusmodi senatusconsultorum mentio, sed legum tantùm aut plebiscitorum. Ac proinde verissimum est quod Bodinus *lib.* 1. *de repub. c.* 10. scribit, senatui Romano ab exactis urbe regibus usque ad Tiberij Cæsaris dominatum leges jubere non licuisse, sed decreta tantùm annua, quæ tamen nec populum, nec plebem tenerent, & manifestè fallitur D. Connan. *lib.* 2. *cap. de senat.* senatui Romano tribuens perpetuam legis condendæ potestatem. Nam *Dionys. Halic. d. lib.* 4. expressè scribit, senatusconsulta nullam vim legis habuisse, nisi plebs ea probaret ; & quæ populus probaverat, annua tantùm fuisse, nisi rogatione ad populum vel ad plebem
I. vim legis adipiscerentur. Quid igitur est, quod Jurisconsultus scribit in *l. non ambigitur* 9. *de leg. non ambigi senatum jus facere posse ?* Non potuit integra adhuc republ. sed tum demum posse cœpit, cùm comitia è campo ad patres translata sunt, quod à Tiberio primum factum esse testatur *Tacit. lib.* 1. *annal.* Quippe Cæsar dictator, auctore Suetonio, jus comitiorum non in totum populo ademerat, sed cum eo partitus erat. Atque idem jus bellis civilibus diu intermissum reduxerat Augustus : sic enim accipio, quod idem Suetonius *c.* 40. *in Aug. scribit, Augustum jus pristinum comitiorum reduxisse* : eumque Suetonij sensum ex Dione adstruit Just. Lipsius ; ego etiam ex verbis Taciti, quæ mox subiicit : *Nam ad eam diem*, inquit, *etsi potissima arbitrio Principis, quædam tamen studijs tribuum fiebant.* Ex eo igitur tempore legibus & plebiscitis quiescentibus senatus jus facere cœpit : quanquam non tam propria auctoritate, quàm conniventia quadam & indulgentia Principum ; quod vel unus Tacitus nos docere potest, & arguunt orationes Principum in senatu haberi solitæ, in quas senatusconsulta fiebant. Tandem translato in Orientem imperio, mutataque penitus reipub. forma, hæc potestas senatus exolevit, atque à Leone Philosopho etiam nominatim senatui adempta est. *Nov. Leon.* 78.

Nam cùm auctus] Αἰτιολογία : at τὸ ἀνάπτιον ὡς αἴτιον. Nam ex Livio *lib.* 1. *Dionys. Halicarn. lib.* 2. *&* 6. discimus, senatusconsultorum primordia vetustissima esse ; legemque jam inde ab urbe condita fuisse, quæ omnia in senatus potestate ponebat ; præter magistratuum creationem, legũ lationem, & belli inferendi deponendiq; arbitrium. Sed fortassis hoc dicere Justinianus voluit quod & Pompon. in *l.* 2. §. *deinde* 9. *de orig. jur.* auctо populo in eum modũ, ut difficulter jam omnes convenire possent, necessitatem eò rem deduxisse, ut æquum visum fuerit etiam de ijs rebus senatum consuli, de quibus antea ad populum ferri solebat. Sed & hoc ipsum falsum esse ex iis, quæ paulò ante diximus, manifestè liquet, potestatemq; populi ad senatum translatam astutia Cæsarum, qui ut Tranquillus in *Tiberio* scribit, *senatus potentiam augendo sua serviebant.*

TEXTUS.

6. *Sed & quod Principi placuit, legis habet vigorem : quum lege regia, quæ de ejus imperio lata est, populus ei & in eum omne imperium suum & potestatem concedat. Quodcunque ergo Imperator per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto præcepit, legem esse constat. Hæc sunt, quæ constitutiones appellantur. Planè ex his quædam sunt personales, quæ nec ad exemplum trahuntur : quoniam non hoc*

Princeps vult: nam quod alicui ob meritum indulsit, vel si quam pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non transgreditur. Alia autem cum generales sint, omnes procul dubio tenent.

NOTÆ.

6. LEGE REGIA] Ex *l.* 1. *D. de constit. princ.* Lex imperii dicitur *l.* 3 *C. de testam.* De lege regia cognosce ex indice *leg. Rom.* Hotomanni.

EI ET IN EUM] Hæc verba *in eum* Theoph. Hothom. VVes. interpretantur *in se*, quod nimis argutum. Probabile est populum his verbis in formula legis usum ad ostendendam enixam suam voluntatem omne imperium suum παντελῶς transferendi Fabror.

PER EPISTOLAM] Epistola est rescriptum Principis, quo de iure consulentibus respondet, ut passim *in Cod.*

DECREVIT] Decretum Principis dicitur, cùm ipse de causa cognoscit, & partibus auditis pronuntiat, ut in *l.* 3. *D. de his quæ in test. del.* Ἀποφάσεις βασιλικαὶ in Gloss. Basilic.

EDICTO PRÆCEPIT] Edictum est, cum Princeps motu proprio, ἐξουσίᾳ φύσει συνούσῃ aliquid constituit ad honestatem & utilitatem subditorum. *Theophil. & l.* 3. *C. de leg. h.* & ferè ad præfectos prætorio hujusmodi constitutiones diriguntur, ut in *l.* 6. *C. de secund. nupt.* & similib.

PERSONALES] Hæ sunt quæ privilegia Latinis dicuntur, eo quod veteres *priva* dixerunt, quæ nos *singula* dicimus. Gell. 10. c. 20. Fest. in voce *privos*, & ibi Jos. Scal. *in annot.* alia jus singulare. *l.* 16. *D. de legib.* Hujusmodi sunt privilegia militum, doctorum, studiosorum, &c.

POENAM IRROGAVIT] Nempe graviorem ordinariâ propter exemplum. Obiter hic nota, privilegia non solùm pro aliquo, sed etiam in aliquem ferri posse; ut in Milonem à Pompeio, à Clodio in Ciceronem lata sunt.

PERSONAM NON TRANSGREDITUR] Non producitur hoc jus ad consequentias, *l.* 14. *D. de legib.* non transit ad successores, *l.* 68. *l.* 169. *de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1. *Lege regia ius omne populi privatim & in Principem translatum.*
2. *Genera constitutionum exposita.*
3. *Quid & quotuplices sint, tum quam vim habeant constitutiones personales & privilegia, & nu 5.*
4. *Privilegiorum variorem usum esse in statu democratico, quàm in monarchico.*
6. *De rescriptis contra ius elicitis & de precibus sub & obreptitiis, necnon de moratoria præscriptione.*

LEGE Regia] Hæc eadem habet *Ulp. l* 1. *de const. princ.* Latam autem fuisse legem, idque sub Augusto, eamque secutum in eandem sententiam senatusconsultum, qua lege populi omnis potestas Principibus concessa, ipsique legibus soluti sunt, probatur testimonio Dionis, qui *lib.* 53 de principibus loquens, λέλυται, inquit, τοῖς νόμοις, ὡς ἀυτὰ τὰ λατῖνα ῥήματα λέγει, *ut ipsa verba latina sonant*, quod non nisi de verbis alicuius legis accipi potest. Eadem est, quæ lex imperii dicitur, *l. ex imperfecto, C. de testam.*

Ei & in eum] hæc verba *in eum* Theoph. Hotom. VVesemb. interpretantur in se, quod nimis argutũ. Probabile est, populum his verbis in formula legis usum ad ostendendam enixam suam voluntatem omne imperium suum παντελῶς transferendi.

Omne imperium & potestatem] Ergo populus non retinuit veterem potestatem, eamq; cum Principe communicavit duntaxat, sicut illi sentiunt, qui populum non privativè, sed cumulativè potestatem suam in Principem contulisse contendunt: qui error in notissima Politices principia impingit, & manifestior est, quàm ut refutari debeat. Non equidem nego jura majestatis ita dividi posse, ut non omnia in unũ, quem Principem constituit populus, transferantur, sed quædam apud optimates aut populum remaneant, atque ita temperatum ac mixtum fiat imperium: sed eadem jura maiestatis & transferri & retineri nullo modo possunt. Nihil ad rem facit, quod Principes ab invisis populo nominibus, Regis aut Domini abstinuerint, cùm alio sub nomine regiam potestatem exercerent: auctore Dione *d. l.* 53. quod non satis examinavit D. Gudelinus *l.* 5. *de jur. noviss. c.* 2. multo autem minus jus illud imaginarium populi in suffragiis ferendis, aut illa in jure condendo precaria senatus auctoritas. Manebant enim tunc temporis adhuc, ut inquit Tacitus, *vestigia morientis libertatis.* Et verissimè de populo Romano Juvenalis *Satyr.* 10.

Qui dabat olim
Imperium, fasces, legiones, omnia, nunc se
Continet, atque duas tantùm res anxius optat,
Panem & Circenses.

Quodcunque ergo Imperator] Constitutiones Principum non sunt unius generis. Distinctio à causa finali, hoc est, à scopo & intentione Principis sumenda. Etenim vel hoc apertè & directè Princeps agit, ut legem condat & jus præscribat, quod fit nõ tantùm, cum generaliter & motu proprio quid cõstituit ad usum subditorum, quæ species constitutionis

tionis edictum dicitur & lex edictalis, *l. 6. de sec. nupt. cum simil.* sed etiam cùm respondet magistratibus de jure dubio consulentibus: quanquam Theophilus hoc genus constitutionis epistolæ speciem facit; vel non agit id principaliter, ut ius aliquod in commune constituat, sed ut in specie litem aliquam inter partes componat: & tamen propter excellentiã & dignitatem personæ constituentis, id quod constituit, legis vigorẽ habet, *l. 1. §. 1. de const. Princ. l. ult. C. de leg.* cùm à judicibus res judicatę aliis non noceant, *tit. C. res inter alios act. vel iud. aliis non noc.* ac ne sententiæ quidem latæ in consistorio Principis, aut ab ipso quidem Principe, sed ad relationem & consultationem judicum *l. 2. l. 3. C. de leg. vid.* tamen Christin. *vol. 2. dec. 63. n. 3. & seqq. & vol. 3. dec. 111. n. 8. & 9.* Posterioris huius generis duæ sunt species, epistola & decretum. Epistola propriè dicitur, cùm privatis de iure suo consulentibus Princeps rescribit. Decretum ἀπόφασις βασιλικὴ, cùm ipse de causa cognoscit & partibus auditis sententiam pronuntiat; quem veterum Principum morem fuisse testantur historiæ AA. scriptores, elegans exemplum habemus *in l. 5. de his quæ in test. del.*

3. *Quædam sunt personales.*] Cùm dixisset non ea tantùm quæ Princeps edicto præcepit, sed etiam quæ per epistolam constituit, aut cognoscens decrevit, vim etiam in aliis causis & personis habere, id nunc ex Ulpiano in *d. l. 1. §. 2. de const. Princ.* sic temperat, nisi aliam esse voluntatem & sententiam Principis appareat: esse enim constitutiones quasdam personales, quibus jus singulare in certæ alicuius personæ gratiam constituitur. Hæ sunt quæ *privilegia* Latinis dicũtur, eo quod veteres *priva dixerunt, quæ nos singula dicimus* autore Agellio *lib. 10. c. 20.* & Festo in voce privos, ubi Jos. Scal. *in annot. Offendit me*, inquit, *quod apud Ciceronem pro hac voce privatum substituerint*, ut in ea pro dom. *Vetant leges sacrata, vetant. 12. Tabulæ leges privis hominibus irrogari.* At hodie legunt *privatis*: Item 3. de leg. *Tantum majores in posterum providisse, in privatos homines leges ferri noluerunt. Cùm Cicero scripserit, in privos homines. Subjicit enim: Id enim est privilegium. Postea interpretatur: ferri de singulis nisi centuriatis comitijs noluerunt.* Ait autem Justinianus, huiusmodi constitutiones personales sive privilegia aut jura singularia in exemplum non trahi, nec personam egredi: quoniam non ea mens sit Principis, qui solius puta Titij aut Sempronii causa aliquid constituit, ut id, quod ita constituit, in universum pro iure observetur, aut ad alios transferatur. Apparet verò ex ipsis verbis non agi hoc loco de privilegiis causæ aut rei, sed personæ, quibus sola personæ conditio locum facit: qualia sunt privilegia militum, doctorum, studiosorum, &c. Item immunitas certæ personæ tributa, *l. 1. §. 1. de iur. immun.* jus tacitæ hypothecæ, quod in exigenda dote mulieri indultum est in bonis mariti, & nominatim à Justiniano cum hoc privilegio, ut aliis creditoribus hypothecariis etiam tempore prioribus præferatur, *l. assiduis, C. qui pot. in pig.* Tale item beneficium est, quod parenti, patrono, marito, donatori, &c. concessum, ut in id tantùm, quod facere possunt, condemnentur, *l. sunt qui. 16. & seqq. de re iud. l. 17. & seqq. sol. matr.* Hæc & similia personarum privilegia deficiente persona, cui data sunt, statim simul deficiunt, aut extinguuntur, neque ad successores transeunt, *dd. ll. 1. in omnibus 68. l. privilegia. 196. de reg. iur.* nisi id quoque nominatim privilegio cautum sit, *l. 4. de iur. immun.* At quæ privilegia magis causæ, quàm personæ præstantur, ea hæredibus quoque & cæteris successoribus tribuuntur, *d. l. in omnibus. & d. l. privilegia de reg. iur.* Cuius generis beneficia sunt immunitates generaliter locis aut civitatibus aut familiis datæ, *l. 4. §. 3. de censib.* induciæ temporis, quæ judicatis indulgentur, *l. tempus 29. de re iud.* ius ante omne creditum deducendi impensas funeris, *l. pen. iunct. l. filiusfam. 31. §. ul, der. l. & sump. fin. &c.* de quo addi *D. Pet. Fab. ad d. l. in omnibus, & d. l. privilegia, de reg. iur. Christin. vol. 5 decis 47 n. 30. & seqq.* Usus privilegiorum, ut hoc obiter addam, frequentior est, ubi singuli regunt, quàm ubi universi, propterea quod in statu populari maior esse debet æqualitatis observatio. Quam ob causam etiam lege 12. tabb. cautum fuit *ne privilegia irrogarentur* teste *Cic. pro dom. sua.* quod Decemviros à Græcis accepisse ex oratione *Demosthenis contra Aristocratem* liquere potest. Cæterum hoc iuris erat ordinarii: nam extra ordinem jure supremæ potestatis privilegia etiam à populo aliquando ferebantur; sed nonnisi centuriatis comitiis. Cic. 3. *de legib.* Quale illud apud Romanos fuit, ut quis ante magistratum capere posset, quam per leges licebat. Sic Athenienses cùm injurati nullius testimonium admitteretur, soli Xenocrati remiserunt jusiurandum. *Diog. Laër. in Xenocr.*

4.

Ob meritum indulsit] Tres personalium constitutionum species hoc loco proponuntur; si quid princeps alicui ob meritum indulsit, puta immunitatem ab oneribus publicis; si quam pœnam irrogavit, putà graviorem ordinariâ propter exemplum; si cui sine exemplo subvenit, putà gratiam delicti fecit. Ubi obiter notandum privilegia non solum pro aliquo, verum etiam in aliquem ferri posse, ut in Milonem à Pompeio, in Ciceronem à Clodio lata sunt, *Cic. pro dom. sua.* 5. 6.

sua. Illud hic prætereundum non est, non ut quisque privilegium à Principe impetravit, ita & continuo id valere. Nam primò rescripta Principum contra jus vel utilitatem publicam elicita à iudicibus improbari etiam ipsorum Imperatorũ constitutionibus jubentur, extra quam si prosint petenti & alium non lædant, vel crimen supplicantibus indulgeant, *l. 3. & 7. C. de prec. imp. offf. l. ult. C. si cont. jus vel util. pub.* aut, licet cum læsione alterius, moratoria duntaxat præscriptio debitori permittatur, ut est in *l. 2. C. de prec. Imp. offer.* id est, exceptio dilatoria, exceptio, non qua perimatur actio, sed petitio & exactio in tempus certum differatur, spatio ad solvendum debitori dato, *Brieven van respyt.* Quo tamen casu placet non aliter rescriptum valere, quàm si fidejussio idonea super debiti solutione præbeatur, *l. 4. c. d. tit.* quod & cautum Caroli V. *edicto* 19. *Maij* 1544. *art.* 42. Secundò si Principi obreptum sit, celata scilicet veritate; vel subreptum expresso, mendacio, rescripti fructu privari jubetur, qui id impetravit, *l. 2. C. de legib. l. pen. C. si cont. jus vel util. pub.* Utrumque ex voluntate & mente Principis sumptum est, qui non creditur aliquid velle contra utilitatem publicam concedere; aut aliter, quã si preces veritate nitantur. *l. 7. C. de div. rescr. l. pen. & ult. C. si cont. jus, & ib. Groënen. tract. de ll. abr. Gail. 1. obs. 14. Tuld. & Perez. post DD. comm. ad d. tit. C. si cont. jus vel ut. pub. Ant. Fab. C. suo ibid. defin. 1. Christin. vol. 2. decis. 74. & 76.* exemplum in *l. 1. ff. de natal. restit.* Hinc est, quod à Curiis rescripta ejusmodi aut reiici aut admitti, sive ut nunc loquuntur, interinari solent.

TEXTUS.

7. *Prætorum quoque edicta non modicam obtinent juris auctoritatem. Hoc etiam jus honorarium solemus appellare: quod qui honores gerunt, id est, magistratus, auctoritatem huic juri dederunt. Proponebant & ædiles curules edictum de quibusdam causis; quod & ipsum juris honorarij portio est.*

NOTÆ.

7. PRÆTORUM EDICTA] Jus prætorium introductum est adjuvandi vel supplendi & corrigendi juris civilis gratia, *l. 7. §. 1. D. de iust. & iur.* exempla *in pr. & §. 1. infr. de bon. poss. § 3. infr. de exh. lib § 9. infr. de her. quæ ab init. §. 3. infr. de leg. agn. succ.*

NON MODICAM AUCTORITATEM.] Minorem tamen, quàm species superiores. Nam edicta prætorum non valebant auctoritate populi aut Principis, sed tantùm ob honorem magistratus, qui non tam conditor est juris novi, quàm custos & interpres conditi, *d. l. 7. §. 1. & l. seq. D. de iust. & iur. l. 2. §. 10. de orig iur. l. 12. §. 1. D. de bon. poss. l. 1. in fin. D. ex quib. caus. mai.*

ÆDILES CURULES] Ad distinctionem ædilium plebis. Curabant ædes sartas tectas esse, aquas mundas, integros aquæductus, vias expeditas. Cic. 5. *in Verr.* add Liv. *l. 6. in fin. & 7. in pr.* Varr. 4. *de ling.*

DE QUIBUSDAM CAUSIS] de rebus, maximeque mancipiis & jumentis venalibus, & de animalibus feris continendis, qua vulgo iter fit, explicatur *lib. 21. D. Titul. 1.*

JURIS HONORARII PORTIO] Jus honorarium genus est, cujus species prætorium & ædilitium.

COMMENTARIUS.

1. *Unde prætori & qualis condendi iuris potestas.*
2. *Ædiles Curules qui & unde dicti.*
3. *Ius ædilitium quo sensu dicatur sub prætorio contineri.*

INter species iuris civilis numerarur hoc loco & jus prætorium: quod tamen non rarò ut species diversa, iuri civili opponitur. Sed non est novum in iure nostro, ut idem nomen nunc latius, nunc angustius accipiatur; & quod per se positum nomen generis est, contrahatur ad certam speciem opposita speciei eiusdem generis. Itaque cũ ius civile à prætorio distinguitur, per ius civile intelligitur, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis Principum, auctoritate prudentum venit: per prætorium, quod illius iuris adiuvandi, supplendi, corrigendi causa magistratus introduxerunt. Papinian. *l. 7. de iust. & iur.* Unde autem prætori iuris condendi potestas! Neque enim prætor aliud, quàm magistratus fuit, iuri dicundo non condendo, quod maiestatis est, præpositus; custos iuris civilis, non arbiter; neque ulla lege talem potestatem prætori datam uspiam legimus. Sic existimo; Prætores ab initio iure magistratus edicta tantùm proposuisse, de quibus rebus, & quomodo ius dicturi essent, *l. 2. §. eodem tempor. 10. de orig. iur.* Progressu autem temporis, non obnitente populo, hoc simul usurpasse, ut edicendo etiam ius constituerent: ut tamen edicta eorum minorem longè vim, quàm leges haberent, nec abrogare ius constitutum aut receptum possent, *l. cum sponsus 12. § 4. de Publ. in rem act. l. 12. §. 1. de bon. poss.* sed tantum adiuvare, supplere, corrigere, *l. 7. § 1 de iust. & iur.* hoc est,

est, rigorem juris civilis mitigare, & de iis, quæ legibus nec sancita nominatim nec vetita essent, ex bono & æquo aliquid statuere, etiam præter rationem juris civilis. Nã certè plus hic licuisse prætori, quàm vel jurisconsultis vel judicibus privatis, arguunt tot exceptiones & actiones, tot bonorum possessiones præter manifestam rationem juris civilis à prætore introductæ, in quibus ante jus à prætoribus constitutum nihil sibi sumere quisquam privatus potuit: atque hinc est, quod edictum prætoris nonnunquam lex appellatur, uti ab Ulpiano *l. 1. §. 2. unde cog. & Cic. 3. Verrin.*

Qui honores gerunt] Jus honorarium ad honorem prætorum nominatum est, ait Papin. in *d. l. 7. §. 1.* quod, qui honores gerunt, id est, magistratus auctoritatem huic iuri dederunt, ut hic Justinian. Proposuerunt quidem & alij magistratus censores, consules, tribuni, edicta, ut ex Cic. Gell. & aliis notũ est; nec dubium, quin secundùm ea jus dictũ fuerit: attamẽ quia soli prætores juris dicundi causa creati sunt, totaque ferè iurisdictio penes prætores erat, hinc factum arbitror, ut jus omne, quod à jurisdictione venerat non minus prætorium, quàm honorarium appellaretur, atque appellatione prætorij etiam aliæ partes iuris honorarij continerentur.

2 *Ædiles curules*] Curules, ad distinctionem ædilium plebis: nam ædilitatem curulem patricium magistratum fuisse constat ex *Liv. init. lib. 7. dec. 1.* Ædiles autem dicti à potissima parte procurationis eorum, quod ædes sacras & privatas sartas tectas esse curarent. Auctores Festus & Varro *lib. 4. de ling. Lat.* nam & alia ad manus eorum pertinebant, quæ recenset *Cic. lib. 5. in Verr. & Grach. lib. 1. de comit. Rom.* De veriverbio vocis Curules, non magnoperè laborandum: sive enim à curia, sive à curru, quo vehebantur, sive à cella curuli, in qua sedebant, eam deducas, parum refert.

De quibusdam causis.] De rebus, maximeque mancipiis & iumentis venalibus, item de animalibus feris continendis, quà vulgò iter fit, edictum satis celebre & explicatum *lib. 1. tit. 1.*

3 *Iuris honorarij portio*] Jus ædilitium appellatione iuris honorarij propriè continetur, ut species appellatione generis. Sed & prætorij appellatio ius ædilitium continet, *l. 1. in pr. de verb. oblig.* non quidem verbi significatione, (neque enim ædiles prætores erant) sed sententia scribentis. Et hoc est, quod Pomponius scribit in *d. l. 5.* prætorias stipulationes sic exaudiri oportere, ut in his etiam contineantur ædilitiæ; *nam & hæ*, inquit, *à jurisdictione veniunt*, innuens id, quod de prætoriis, tanquam principali earum specie, dictum est, etiam dictum intelligi de reliquis, quarum interponendarum eadem sit causa & origo, iurisdictio nimirum magistratus.

TEXTUS.

8. *Responsa prudentum sunt sententiæ & opiniones eorum, quibus permissum erat, de jure respondere: nam antiquitus constitutum erat, ut essent, qui jura publicè interpretarentur, quibus à Cæsare jus respondendi datum est, qui Iurisconsulti appellabantur: quorum omnium sententiæ & opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere à responsis eorum non liceret, ut est constitutum.*

NOTÆ.

8. DE IURE RESPONDERE] Cuiac. Hotom. Wes. ex libris veteribus, *iura condere.* Theoph. νομοτετεις sed ut rectè idem, κατὰ πεῦσιν καὶ ἀπόκρισιν *per consultationem & responsionem.*

ANTIQUITUS CONSTITUTUM] Malo *institutum*, nulla enim lege id constitutum, sed more maiorum institutum fuit: dictaque hæc pars in specie ius civile, *l. 2. §. 5. D. de orig. iur.*

A CÆSARE] Primus D. Augustus constituit, ut ex auctoritate Principis responderetur, *d. l. 2. circa fin.*

QUORUM OMNIUM] Aut utique plurium, *l. un. C. Theod. d. Respons. prudent.*

COMMENTARIUS.

Origo auctoritatis prudentum à capite accersita.

POstrema iuris scripti pars sunt responsa prudentum. Cuius iuris originem operæ est à capite accersere. Latis legibus 12. tabb. quæ perbreves erant & obscuræ, cœpit (ut naturaliter evenire solet) ut Interpretatio desideraret prudentum, auctoritatem, necessariaque esset disputatio fori. Hæc disputatio atque hoc ius, quod sine scripto venit, compositum à prudentibus communi nomine appellabatur ius civile, hoc est, nomine generis ad speciem contracto. Hæc Pompon. *l. 2. §. his legibus 5. de orig. iur.* Unde primò intelligimus, interpretationem iuris duntaxat, prudentibus permissam fuisse, non iuris propriè condendi potestatem: ac neque hanc earum interpretationem statim pro iure acceptam: sed ubi ea in foro agitata & recepta esset: quo respectu ius istud sine scripto introductum Pomponius ait: quod

tamen pars est juris scripti, quatenus est ex interpretatione illius juris & legum sententia; *arg. l. 6. §. 1. de verb. sign.* ad quod declarandum habemus accommodatissimum exemplum, *inf. tit. de leg. patr. tut.* atque hoc sensu rectè opponitur consuetudini. Item jus illud sive receptas interpretum sententias compositas, hoc est, descriptas, atq; in certum volumen collectas fuisse, neque ab iis iudicem in iudicando potuisse recedere; utpote quæ partem constituerent iuris civilis, eoque nomine in specie etiam appellarentur. Atque ut obiter sciamus; ante tempora Augusti, quicunque studiorum suorum fiduciam habebat, de iure consulentibus publicè respondere poterat. Divus autem Augustus, quo maior esset iuris auctoritas, primus constituit, ut ex sua auctoritate responderetur. Post quod tempus peti pro beneficio & à Principe jus respondendi dari cœpit, ut in *d. l. 2. circa fin.* idem Pompon. scribit; quam ob causam nonnulli existimant ex eo demum tempore responsa auctoritatemque Jurisconsultorum inter partes juris scripti numerari cœpisse. Nunc verba huius §. inspiciamus.

Permissum erat de jure respondere] Hoc ad tempora liberæ reipub. referri non posse ex jam dictis liquidò apparet; sed ad posteriora referendum, postquam nimirum D. Augustus hoc ius à Principe peti voluit. Fallitur Theophilus, dum putat hoc ius à populo aut senatu concessum fuisse.

De iure respondere] Veteres codices, (auctore D. Pacio) habent *iura condere*, id est, νομοθετεῖν non male: nam & consulti quodammodo ius condebant: nempe, ut rectè Theophilus, τῷ πόσιν ἢ ἀποκρίσιν *per consultationem & responsionem*, quo sensu etiam iuris conditores nonnunquam appellantur, *l. nulla 23. C. de proc. l. si furiosi 25. C. de nupt.* Cæterum, ut dixi, quod ita respondentes interpretando condebant, non ex propria eorū auctoritate statim valuit aut vim legis habuit; sed tū demum habere cœpit, cùm usu forensi receptum esset: errantq; adeo toto iudicio, qui tantam Iurisconsultis auctoritatem tributam fuisse existimant, ut novum etiam ius condere potuerint per *l. ult. C. de leg.* ubi tamen nihil eis conceditur, quod antea non habuerint; sed tantum relinquimus pristina legum interpretandarum facultas, *add. D. Gudelin. 5. de iur. nov. 2.*

Constitutum erat] Malo *institutum*, ut nonnulli codices habent: nulla enim constitutione tale quid sancitum fuit.

Iurisconsulti] Item iurisperiti, & prudentes, & auctores iuris, modestiæ quoque causa iuris studiosi appellari amabant: fortassis ad exemplum Pythagoræ, qui se non σοφὸν, sed φιλόσοφον dici voluit. Itaque hæc appellatio communis est tam præceptorum, quàm discipulorum & auditorum juris, *l. 1. de off. assess. l. 9. §. 4. de pœn. l. 4. de extr. cog.* quibus in locis constat iuris studiosos pro iuris professoribus & assessoribus comitibusve iudicum accipi. *add. Cuiac. 7. observ. 25. Rav. 2. coniect 10.*

Quorum omnium] aut utique plurimorum: nam singulorum sententiis eam vim tribuere perquam absurdum; & videtur Justinianus, ut verba postrema huius §. arguunt, respicere ad constitutionem Theodosii, quæ extat *in l. un. Cod. Theod. de resp. prud.*

TEXTUS.

9. Sine scripto jus venit, quod usus approbavit; nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.

NOTÆ.

9. DIUTURNI] Propria hæc sunt epitheta consuetudinis, ut dicatur, diuturna, longa, inveterata; quanto autem tempore introducatur, iure nostro definitum non est.

LEGEM IMITANTUR] Id est, legis vim & effectum habent, *l. 32. & seq. D. de legib.* Quin etiam plus valere & in rebus maioris momenti versari leges, quæ moribus comprobatæ sunt, quàm quæ scripto constant, testatur Aristot. 3. *Polit. cap. ult.*

COMMENTARIUS.

1. *Iuris non scripti seu longa consuetudine introducti quanta, & unde auctoritas, num 2. & 5.*
3. *Ad ius consuetudine introducendum opus esse probabili superioris scientia.*
4. *Quantum temporis, quot actus & quales ad inducendam consuetudinem necessarij.*
6. *Applicatio superioris divisionis ad ius civile Batavorum.*
7. *An plures species juris, quàm qua memorata, & de æquitate, & communi opinione.*

1 SINE SCRIPTO] De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus & consuetudine inductum est, *l. de quib. 21. de legib.* Imo magnæ auctoritatis hoc ius habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere, *l. imo magna 36. eod. Usus est*, inquit alicubi Livius, *gravissimus iuris censor, & explorator, ut non possit non æquum esse & utile, quod is probavit, sapius facto periculo.* Cui simile est, quod Aristot. 3. *Pol.* ult. scribit, *plus valere & in rebus majoris momenti versari leges, quæ moribus comprobatæ sunt,*

sunt, quàm quæ scripto constant. Dicitur autem hoc jus non scriptum, non quod scribi non possit, sed quod scribi necesse non sit *d. l.* 36. Utique tamen utile est scripto id comprehendi ad lites & sumptus probationum minuendos; & videmus multarum regionum consuetudines non modò scriptas, sed etiam commentariis illustratas circumferri. Neque tamen idcircò consuetudo sit jus scriptum, quod legem appellamus: quia non ex scriptura, sed ex usu æstimatur: & facilioris tantùm probationis causa scripta intelligitur.

Consensu utentium] Nimirum tacito. Nam quemadmodum expressa sanctio legem facit, ita tacita populi voluntas consuetudinem, unde quoad vim & effectū inter hæc duo nihil interest. Quid enim refert, ait Julianus in *d. l. de quibus suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis & factis*? Populum autem etiam hic intelligere debemus nullius imperio subjectum: nam quæ civitates alterius imperio parent, non magis tacito consensu consuetudinem introducere possunt, quàm expresso legem. Hinc quia eiusdem est legem tollere, cuius est, condere, rectè rescriptum est in *l. 2. C. quæ sit long. consf.* legi à Principe latæ contraria consuetudine derogari non posse. Quamobrem etiam existimandum est Julianum in *d. l. quibus*, respexisse ad anteriora tempora, quibus populo adhuc jus suffragij erat, aut ad ea jura, quę nondum sublato jure suffragij moribus introducta sunt: quale est populares substitutio, *l. de vul. & pup. subst.* item querela inofficiosi testamenti, *l. 8. in pr. de bon. poss. cont. tab.* donationis inter virum & uxorem improbatio, *l. 1. de don. int. vir. & ux.* & si quæ sunt generis eiusdem: fortassis etiam jura municipiorum considerarit, quæ suis legibus & moribus utebantur etiam sub Imperatoribus, ut notavi *sup. §. 1.* Evincit hoc ipsa Jurisconsulti disputatio, qui argumentatur à jure suffragij ad jus introducendi consuetudinem. Proinde in statu populari ius consuetudinis introducendæ, quæ instar legis sit, solus populus habere potest, in monarchico aut optimatum non item: sed in ea introducenda probabilis Principis aut superioris scientia & patientia requiretur, ut rectè D. Wesemb. *part. de legib. nu 9. & D. Gudelin. lib. 5. de iur. noviss. c 2. per d. l. de quib. & d. l. 2. C. quæ sit long. consf.* etsi quod non requiratur scientia superioris communior opinio est, quam post *Schneid. hic n. 2.* probat D. Tulden. *ad d. tit. C. n. 1.* & in judicando secuta est suprema Curia Melchin. teste D. Christin. *vol. 2. decis. 55. n. 5. & 6.* neque D. And. Gail. 2. *obser.* 31. aut Mynſ. 6 *obs.* 41. *& seq.* hoc inter requisita consuetudinis numerant. Planè quatenus civitates statuta condere possunt, nec consuetudines statutis similes introducere prohibentur, aut ante statuta tacitè abrogare.

Diuturni mores] Propria hæc epitheta sunt consuetudinis, ut dicatur diuturna, longa, inveterata. Nam cùm sensim tacito consensu populi inducatur, necesse est is consensus ex factis & tractu temporis arguatur. Et quia hoc respectu consuetudo facti est, probari quoque debet, atque ad eam probandam multum confert, si ea judicio contradictorio aliquando firmata sit, *l. cum consuetudine 34. de legib.* Quantum autem tempus & quot actus ad introducendam consuetudinem requirantur, inter interpretes non satis cōvenit, *D. Connanus l. comm. 10. & Hotom. hic*, tantum tempus requirunt, quantum superstitum hominum nec ætas nec memoria comprehendit per, *l. 1. §. ult. junct. l. 2. §. idem Labeo 7. de aq. pluv. arc.* Vulgo, testibus *D. Gail. 2. obs. 41. Mynſ. 6. obs. 41. Schneid. hic n. 5. VVesemb. par. de legib. nu 9.* arbitrantur consuetudinem induci decennio aut tanto tempore, quanto jus aliquod præscribi potest. Verùm, ut rectè *D. Ant. Fab. l. jurisp. 2. pr. 11.* notat, in eo hi omnes errant, quod consuetudinem cum præscriptione juris confundunt. Præscriptio enim nullum jus acquirit nisi præscribenti, & in eos duntaxat, contra quos præscriptum est, & in tantum, in quantum præscribens possedit vel quasi. Consuetudo verò acquirit ius in universum omnibus & contra omnes in suo casu: quia cùm sit lex quædam tacita, legem imitatur, *l. ult. C. quæ sit long. consf.* Quam ob causam cum *D. Cuiac. 20. obs. 1. & Menoch. consil. 543. num. 20.* potius judicis arbitrio hoc definiendum censeo, qui pro negotii qualitate modò longius, modò brevius tempus statuere possit, & quantumcumque tempus sufficere, modò adsit actuum frequentia, & uniformitas, ut *Ant. Fab. ad l. nam Imperator 38. de legib.* Et quoniam in consuetudine introducenda non huius aut illius hominis vel etiam ordinis morem inspicere debemus, sed totius populi usum, eumque colligere ex iis, quæ non semel aut bis, sed frequenter circa eandem rem & controversiam observata sunt, *l. 1. C. quæ sit long. consf.* & observata tenaciter, hoc est, perpetuò similiter, *l. ult. C. eod.* non putarem ad inducendam consuetudinem duos actus sufficere, quantumvis judiciales & notorios, quæ communis est opinio probata item à *Gail. & Mynſ. dd. loc.* sed hoc etiam arbitrio judicis relinquendum, ut cætera, quæ certo jure definita non sunt, *arg. l. 1. §. ult. de jur. delib. l. 9. C. de bon. auct. iud. poss. Cuiac. Menoch. Fab. ubi sup.* eleganter *D. Diod. Tulden. in comm. ad hunc tit. cap. 4.* Illud majoris partis consensu & rectè receptum est, cùm de

consuetudine probanda quæritur, necesse non esse probare, eam aliquando firmatam fuisse judicio contradictorio. Nam cùm ea populi consensu inducatur, quid refert, quod non etiam intervenerit res judicata? Quid si tam certum jus fuerit, ut de eo nunquam apud judicem dubitatum sit, an nõ majoris auctoritatis id videri debet, quàm quod in judicio contradictorio approbatum? *l. imo magnæ 36 de leg.* Consilii igitur est, non necessitatis, quod scribit Ulpianus in *l. 34. d. tit.* cùm de cõsuetudine quæritur, primum explorandum esse, an etiam contradicto aliquando judicio confirmata sit. Consilium dat, ut id fiat, quia illa exploratio utilis est probaturo cõsuetudinem, scilicet ut paratas habeat easdem illas probationes, quibus consuetudo tum probata est. Et secundùm hanc opinionẽ in Camera judicatum testatur *Gail. 2. obs. 31. n. 8. add. Mynſ. 6. obſ. 41. n. 15 Schneid. hic n. 6. Chriſt. vol. 4. deciſ. 187. n. 7 & ſeqq.* ubi plures citat, qui hanc sententiam defenduut, & communem asseruut. Itaque quoque judicatum refert *Radelant. Traject. deciſ. 3. n. 4.*

5. *Legem imitantur.*] Id est, vim & effectum legis habent. Itaque non hic solus consuetudinis effectus est, quod jus novum de quo nihil antè cavebatur inducat; sed etiam quod latam antea legem abroget, *& pen. inſ. eod.* Est & alius item consuetudinis effectus, in iure scripto nimirum interpretando. Nam si de interpretatione dubiæ alicuius legis quæratur, monemur in primis inspiciendum esse, *quo iure civitas retro in huiuſmodi caſibus uſa ſit:* optimam enim legum interpretem esse consuetudinem, *l. ſi de interpretatione 37. & l. ſeq. de legib.* minimeque mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt, *l. minimè 23. eod.*

6. Nos item in his regionibus aut scriptis legibus utimur, aut non scriptis. Leges scriptæ aut generales sunt, quæ ad omnes pertinent, & ubique locorum in hac provincia vim habẽt, aut speciales, quæ sunt propriæ alicuius loci, aut privilegia certis corporibus, collegiis, civitatibus, aut regionibus, itemque certæ alicui personæ aut pluribus unius generis, ut viduis, pupillis, pauperibus, &c. concessa. Generales leges soli sanciunt Ordines, aut Præfecti, quibus ea potestas, sub nomine Comitum aut summorum magistratuum legitimè delata est. Sed & sine hac delatione. Præfecto Provinciæ unà cùm Præside aliisque Curiæ Provincialis Senatoribus ius est: de quibusdam causis leges ferre, nempe de iis, quæ ad usum fori, morem iudiciorum, ad lites tractandas atque expediendas, ad frustrationes & captiones scribarum, advocatorum, procuratorum, viatorũ, &c corrigendas pertinent, quippe quibus in hac parte cura reipub. iam ab initio mandata fuit, *Marul. l. 1 tit. 4. c. 3. add. Chriſtin. vol. 2. dec. 51. n. 8. & dec. 65. n. 3. & 4.* nisi hæc Curiæ decreta speciales potiùs leges dicendæ cum *D. Grot. 1. manud. 2.* Speciales leges non tantùm Ordines condunt, aut Præfecti, quos diximus, privilegiis ferendis, aut condendis statutis particularibus: verùm etiam prætores & Baillivi de sententia magistratuum urbanorum legitimè congregatorum in sua quisq; civitate leges locales quas *Heuren* appellamus, condere possunt: item Baillivi cum potiſſimis agros colentiũ, (*Melgeboren Mannen*) prætores pagani cum Scabinis in agris & pagis de rebus ad iurisdictionem suam pertinentibus; quatenus nimirum ius condendorum statutorum ab iis, quæ summæ reip. præsunt, acceperunt. Leges non scriptæ sive mores aut inveteratæ Consuetudines & ipsæ partim generales, qualis est communio bonorum inter coniuges; partim speciales, quale est ius retractus, quod in Rhynlandia, Delflandia, Kennemerlandia & agro Voornano observatur, *D. Mernl. d. lib. tit. 4. c. 1. & ſeqq. Grot. d. loc.* Quod si de re, de qua quæritur, nihil legibus aut moribus nostris definitum est, ius commune, hoc est, Romanorum, sequendum est, auctore *D. Grot. d. loc. add. Chriſtin. vol. 1. deciſ. 343. Gudelin. lib. 1. de iur. nov. c. 13. & lib. 3. c. 13.*

Et hactenus quidem explicatæ sunt partes iuris civilis à Justiniano propositæ. Sed an non plures poni debuerint, dubitari potest. Video enim, à nonnullis inter partes iuris non scripti præter consuetudinem quæ sola à Justiniano posita est, numerari etiam res iudicatas sive præjudicia, & æquitatem. Sed utrumque perperam. Nam etsi rerum, præsertim sæpius iudicatarum, non vilis est auctoritas: vim tamen legis minimè habent, nec ius inducunt, quod inter alios, simili aut eiusdem generis controversiũ mota, sequi necesse sit, *tit. C. res int. al. act. aut iud. al. non nor.* eoque pertinet, quod Imp in *l. nemo, C. de ſent. & interl.* rescribit, & vulgõ dici solet; *Non exemplis, ſed legibus iudicandum eſſe. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 51. nu 5. & ſeq.* Sed nec æquitas propriè dicta huius iuris pars est. Est quidem ἄγραφον τι, quia scripta non est: sed non eo sensu ita appellari potest, quo ius illud constituit speciem iuris civilis. Quod ut planius intelligatur, observandum est, nomen æquitatis dupliciter accipi; vel in genere pro æquo, quod cum omni iure coniunctum est, vel in specie pro eo quod est à iure civili diversum: Generalis appellatio etiam iuri civili cõvenit: nam omnibus legibus & iuri civili æquitas aliqua inesse creditur, nomenque iuris non meretur, quod ab omni æquitate destitutum est. Atque hoc sensu Cicero in *Topic.* jus civile definit *æquitatem conſtitutam iis, qui ſunt eiuſdem civitatis.* In specie autem & pro-

7.

propriè accepta æquitas iuri opponitur, non scripto, ut malè nonnulli, sed stricto. Hæc Græcis ἐπιείκεια dicitur, nostris etiam æquum & bonũ, humanitas, benignitas: & ab Aristotele 5. *Eth.* 10. definitur ἐπανόρθωμα τοῦ νομίμου δικαίου, *iuris legitimi correctio*. Cujus usus elucet cum in verbis legis extendendis & ad casus similes producendis, ubi lex minus scripsit, plus voluit; tum in verbis restringendis, ubi ex sententia constat plus scripsisse legislatorem, minus voluisse: maximè verò in benigna legum interpretatione, earumq; ad singulas facti species accommodatione; tali tamen, quæ ab expressa & manifesta legislatoris voluntate non recedat. Huc pertinet *l. 10. & seqq. de leg.* item *l. 17 & mult. seqq. eod.* Atque hinc etiam peti potest conciliatio *l. placuit C. de iud.* cum *l. 1. de leg. & l. prospexit, § 1. qui & à quib. man. Gudelin. 5. de iur. nov. c. 2 Christin. vol. 2. dec. 61. n. 3. & seqq.* Non est ergo æquitas hæc species iuris civilis, sed quid à jure civili diversum, consistens magis in arbitrio boni viri & judicis: unde & nonnunquam boni viri arbitratus & religio judicis appellatur. Quamobrem rectè Aristoteles *d. loc.* æquum & bonũ comparat regulæ Lesbiæ, quippe cùm indefinitarum rerum & norma indefinita esse debeat, æquo & bono ita utendum esse ait, ut fabri cœmentarij & structores utũtur norma Lesbia, quæ cùm plumbea sit & flexibilis, eam structuræ, cum usus est, accommodant, nec semper ad normam exigunt structuram: quod Guil. Budæus initio *anno. prior.* opulentius explicat. Ea quæ de auctoritate communium opinionum hic disputari solent, in medio relinquo. Unum dico, etsi non vile esse debet, quod plures sentiunt, & id judicium integrius haberi, quod plurium sententiis comprobatur: *Clement. 1. vers. quod etiam de sent. excom. l. 1. in pr. de off. quæst.* non tamen usque adeò valere debere, ut in manifesto errore jus faciat, *arg. leg. 2. C. quæ sit long. cons. vid. Menoch. 1. præsumpt. 71. n. 24. & ibi citates D. Diod. Tulden. hic cap. 7. latè Osm. Hill. notat. in Don. lib. 2 6. c. 2.*

TEXTUS.

10. *Et non ineleganter in duas species jus civile distributum esse videtur. Nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet & Lacedæmoniorum, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedæmonij quidem ea, quæ pro legibus observabant, memoriæ mandarent: Athenienses verò ea, quæ in legibus scripta comprehendissent, custodirent.*

NOTÆ.

10. NON INELEGANTER] Nec admodum tamen eleganter, ut apparet ex iis, quæ Hotom. & Bachov.

LACEDÆMONII] Lacedæmonii scriptis legibus usi non sunt, atque una τῶν καλημένων ῥήτρων hæc erat, μὴ χρῆσθαι νόμοις ἐγγράφοις, *scriptis legibus non uti*. Plutarch. *in Lycurg.*

COMMENTARIUS.

1. *Error Triboniani notatus.*

EXactis regibus cœpit populus Rom. incerto magis jure & consuetudine uti, quàm lege lata: donec placeret publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges à Græcis civitatibus. Itaque legati Athenas missi, qui inclytas Solonis leges describerent, & aliarum civitatum Græcarum instituta, mores, juraque cognoscerent, *Pomp. l. 2. §. exactis, ff. de orig. iur. Liv. lib. 3.* Hæ leges in 12. tabulis postea descriptæ leges decemvirales & 12. tabb. sunt appellatæ, fons omnis publici privatique juris, auctore eod. Livio. Ex quibus perspicuum est, jus scriptum sive leges Romanorum originem suam habere partim ex legibus, partim ex moribus Græcarum civitatum, & insigniter errare Tribonianum, qui ius scriptum Romanorum ab Athenienſibus, non scriptum à Lacedæmoniis arcessit. Nam primum malè confert leges non scriptas Lacedæmoniorum cum iure non scripto Romanorum. Neque enim Lacedæmoniorum leges fuere ius aliquod moribus introductum, quo sensu ius non scriptum hic accipi constat, & scripto, hoc est, legibus latis opponi: sed leges propriè dictæ & expressim sanctæ; quamvis eas non scribi, sed in memoria conservari voluerit legislator eorum Lycurgus. Secundò nec mores Lacedæmoniorum dici possunt originem dedisse iuri non scripto Romanorum, non magis quàm mores Athenienſium aut aliarum Græciæ civitatum, unde legati Roma missi leges petierunt. Nam non minus mores, quàm leges horum populorum, descripti in illis, quas dixi, duodecim tabulis, lege decemvirali perlata, partem juris scripti Romanorum constituerunt.

TEXTUS.

11. *Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes perœquè observantur, di-*

vina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent. Ea verò, quæ ipsa sibi quæque civitas constituit, sæpè mutari solent vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata.

NOTÆ.

II. DIVINA PROVIDENTIA] Quorum Deus inventor, disceptator, lator, ut loquitur Cic. Intelligit ergo jus gentium primævum, quod nobis ingenitum; non secundarium, quod usu exigente inventum.

IMMUTABILIA] Jus naturale semper & ubique justum est, & fuit: unde nec quod hoc jure prohibetur, juberi potest, nec quod iubetur, vetari. Grot. 1. *manud.* 2. addi tamen ei aliquid potest, aut detrahi. *l.* 6. *D. de iust. & iur.*

TACITO CONSENSU] Non tamen novum jus longo usu introduci potest, sed id etiam, quod antè lege aliqua constitutum erat, contrario usu abrogari, *l.* 32. *D. de legib.*

ALIA POSTEA LEGE LATA] Nam posteriores leges semper potiores sunt prioribus, *l. ult. D. constit. Princ. Harm. lib.* 1. *tit.* 1. Varro *lib.* 8. *de lingua, An non sæpè veteres leges abrogatæ novis cedunt?*

COMMENTARIUS.

1. *Ius naturale seu ius gentium primævum immutabile esse, non item ius gentium secundarium, nisi proportionaliter.*
2. *Immutabilitatem illam præcipuè apparere in notionibus divinitus animis hominum impressis, quod exemplis declaratur.*
3. *Leges civiles etiam consuetudine contrariæ abrogari posse.*
4. *Expediatne leges aliquando mutari.*

EXposito iure tum naturali, cum civili, observataque utriusq; differentia in causis efficientibus, non incommodè hoc loco subjicietur alia quædam differentia, quæ in effectu cernitur.

Quasi divina providentia constituta] Hoc est, quæ ab incorrupta ratione, à simplici illa notitia mentibus nostris divinitus impressa promanant. Jus quod nobiscum natum est, non ab hominibus excogitatum, cuius Deus est inventor, disceptator, lator, ut loquitur M. Tullius *lib.* 3. *de repub.* apud Xenophontem *lib.* 4. *memorab.* huiusmodi iura θεῖοι νόμοι dicuntur. De iure igitur gentium primario, id est, eo, quod simpliciter naturale est, hæc accipienda sunt, non de secundario, quod usu exigente inventum. Nam diligenter distinguenda naturalia præcepta ab his, quæ pro certo statu duntaxat naturalia sunt; jura multis populis seorsum communia ab his, quæ societatis humanæ vinculum continent. Sic vetera gentium iura circa bella & res bello captas, circa incrementa fluminum; &c. multum mutata hodie videmus. Sed & multa, quæ ius naturæ non iubet, sed permittit tantum, communi consensu prohiberi possunt, uti factum circa omnia ferè ἀδιάφορα, de quo suo loco disseremus uberius. Sanè etiam jus gentium secundarium ἀ κλόγος immutabile dici potest; utique multo difficilius tollitur, quàm ius civile.

Immutabilia] Jus naturale semper & ubique iustum est & fuit: nec aliud hic, aliud Romæ, aliud Athenis, aliud nunc est aliud posthac erit. Nam ut recta ratio insita à natura & diffusa in omnes constans est & sempiterna, ita & quod ea præscribit, semper atque ex se justum est atque immortale. Quamobrem nec quod hoc iure prohibetur, juberi potest, nec quod jubetur, vetari, ut rectè *Grot.* 1. *manud.* 2. & convenienter ei, quod scribit Jurisconsult. in *l.* 6. *de iust. & iur.* ius civile *in totum à iure naturæ recedere non debere.* Nec est contrariū, quod Jurisconsult. addit, jus civile *non per omnia iuri naturali servire, sed plerumque ei addere aliquid aut detrahere.* Nam illa additio aut detractio nihil aliud est, quàm generalium iuris naturæ præceptorum ad usum moresq; civium & formam reip. specialis cum delectu accommodatio. Quodquamvis variis in locis diversimodè fiat, atq; etiam in applicando naturæ iura inflecti quodammodo videantur; immutabile tamen pertinet τὸ ἀπλοῦν, quod per se atque ex sui natura iustum est, vimque suam perpetuò retinent in obligandis conscientiis anticipatæ in animis nostris communes illæ, quas diximus, notiones, in quibus hæc constantia atque immutabilitas præcipuè elucet. Covarr. *de matr. p.* 2. *c.* 6. § 9. *n.* 7. bellè *Michaël. Ephes. ad* 5. *Ethic. Albert. Bolonz. cap.* 6. *de lege, iure & æquit.* §. 16. Exemplis res fiet illustrior. Lex naturæ ita præscribit; *Deum colito; Liberi potestati patris subiecti sunto; Pacta conventa servato.* Hæc sunt æternæ legis perpetua decreta, & quæ nullo iure civili abrogari possunt. Tantùm in modo applicandi de quo lex naturæ nihil definit, varietas aliqua apparet, propter varietatem constitutionum civilium: ut scilicet hoc vel illo ritu externo adhibito Deus colatur: ut patribus in liberos vel eadem, quæ dominis in servos, potestas sit, & quodcunque per filium acquiritur, id acquiratur patri, vel ut ius tantùm pater habeat filium modicè & sine acerbitate castigandi, & contu-

contumacem expellendi domo: ut pacta etiam nuda efficaciter obligent, aut eam vim tantùm habeant vestita, ut vulgò loquuntur. Ait Justinianus, nihil tam conveniens esse æquitati naturali, quàm voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi, §. *per traditionem* 40. *inf. de rer. div.* At lex civilis occurrens temerariæ hominũ liberalitati, cuius eos mox pœnitere posset, modum huic rei in donatione præscripsit, eamq; donationem, quæ quingentos solidos excederet, non aliter ratam esse voluit, quàm si actis sit insinuata, §. 2. *inf. de donat.* Hoc inquam, facto non mutatur jus naturale, sed adjuvatur, dũ propter utilitatem civium (quo legislatores omnes spectant, tametsi non idem semper constituant) aliquid ei adjicitur, aut si mavis, detrahitur, respectu scilicet præcepti generalis. Atq; hoc est, quod DD. nostri aiunt, jus naturale *modificari, declarari, & provisionibus adjuvari possi*: sic enim loqui amant *Io. Fab. Ang. & alij ad hunc* §. Sexcenta eiusdem generis exempla afferri possent (occurrunt enim in omnibus ferè partibus iuris civilis) sed hęc pauca è multis retulisse, puto rei declarandæ sufficere. Illud etiam sciendum est, esse quosdam quasi gradus principiorum practicorum & præceptorum naturæ, ac nonnunquam usu venire, ut inter se hæc concurrant & invicem obstent, verbi causa; Lex naturalis est; *Non occides.* & altera ejusdem generis, sed momentosior, quæ sui defendendi causa permittit agressorem occidere. In hoc concursu lex inferior superiori cedat necesse est. *VVesemb. paratit. de iust. & iur. n.* 15.

Tacito consensu] Quamobrem non tantum ius novum longo usu introduci potest, sed etiam id, quod ante lege aliqua constitutum erat, contrario usu abrogari. Atque hoc omnino consequens est rationi Juliani, qui in *l. de quibus* 32. *de legib.* nihil interesse scribit, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis & factis. Ex eodem loco etiam hoc colligitur, quod suprà diximus, cessante iure suffragii non tantùm cessare jus populi in lege palàm ferenda: verùm etiam in consuetudine, contra ius à superiore constitutum introducenda; quoniam eius solius est legem tollere, cuius est condere. ita cape *l. 2. C. quæ sit long. cons.* aut de consuetudine alicuius municipij, *fac. l. 3. §. Divus 5. ff. de sepulch. viol.*

Alia lege lata] Expediatne leges mutare aut quando expediat, politicæ disquisitionis est: cuius tamen quæstionis decisionem suggerit Ulp. in *l. 2. de const. princ. In rebus*, inquit, *novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo iure, quod diu æquum visum est.* Eaque consentiens est politicorum omnium sententia *Plato lib. 7. de legib. Aristot. 2. pol. 6. in fin. Bodin. 4. de rep. 3. Lipsi 4. pol. 9. Conan. 1. comm. 9.*

TEXTUS.

12. *Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Et prius de personis videamus: nam parum est jus nosse, si personæ, quarum causa constitutum est, ignorentur.*

NOTÆ.

12. VEL AD PERSONAS, &c.] Distributio ex objectis ad finem iuris obtinendum accommodata, ex *l. 1. D. de stat. hom.* Omne ius redditur personis de rebus per actiones & judicia. M. W.

COMMENTARIUS.

HOc § transitus fit à iure constituente ad ius constitutum, & methodica quędam via, pro materiæ diversitate, circa quam illud versatur, ad huius cognitionem sternitur, præeunte Caio in *l. 1. de stat. hom.*

Vel ad personas &c.] Distributio ex obiectis ut apparet, ad finem iuris obtinendum accommodata. Finis juris, quod iam sæpè diximus, est suum cuique tribuere. Ut autem hunc finem consequamur, necesse est primum scire quid sit suum cujusque; deinde qua ratione, si id ultrò non præstetur, ab invito obtineamus. Cognitio eius quod cujusque est, vel ex persona sumitur, vel ex rebus; ex jure, quod quisque vel conditione & statu personæ suæ habet, vel ratione rerum externarum. Conditione personæ multum inter se homines differunt: alii enim liberi sunt, alii servi, liberorum alii ingenui, alii libertini; alii patersa. alii filiisa. patrumsa. alii in tutela, alii in curatione, alii in neutro eorum. Ac pro diversis huiusmodi qualitatibus diverso quoque jure in civitate censentur; quod quia statum ac conditionem personæ sequitur, jus personarum appellatur: deque eo deinceps hoc primo libro disputabitur. In rebus externis quod cuiusque est, id aut est ius reale, nempe dominium aliudve in rem aliquam ius; aut personale duntaxat, uno nomine obligatio sive creditum. Illud D. Grotio est *Beheuring* hoc *Inschuldt. 1. manuduct. c. 1. & 2. c. 1. circa fin.* Nimirum ergo huc pertinent non tantùm modi acquirendi dominii aut juris alicuius in rem dominio proximi, modi acquirendi res singulas aut per universitatem: sed etiam modi contrahendarum & acquirendarum obligationum, & contra etiam horum omnium amittendorum

dorum aut infirmandorum ac distrahendorum rationes; agituráque de hoc jure *lib.* 2. 3. & parte quarti usque ad *tit. de actionib.* Obtinendi utriusque juris ratio est in actionibus, hoc est, iuris nostri persecutionibus, sive id fiat in iudicio, sive extra iudicium auctoritate magistratus: quod argumentum ultimo tractatur loco.

TITULUS III.

De Jure Personarum.

Quid hic persona, quid status & jus personæ.

IN calce præcedentis tit. proposita fuit series & dispositio summarum partium, quæ deinceps hoc libro & sequentibus singulatim tractantur. Initium fit à personis, quarum causa cætera constituta sunt. In π' titulus eiusdem planè argumenti inscribitur de *statu hominum.* Unde intelligimus personam hic nō qualitatem civis, sed hominis designare, aut potius hominem simpliciter: eamque appellationem tam servo competere, quàm homini libero: sicut & in jure passim etiam servo tribuitur, *l. 2. pr. ne quis eum qui in voc. l. potestatis de verb. sign. l. 22. de reg. iur.* Itē ius personæ hic esse, quod statum & conditionem personæ sequitur: nam status ipse est personæ conditio, aut qualitas, quæ efficit, ut hoc vel illo iure utatur; ut esse liberum, esse servum, esse ingenuum, esse libertinum, esse alieni, esse sui iuris. Itaque status rationem causæ ius effecti habet,

TEXTUS.

Summa itaque divisio de jure personarum hæc est: quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi.

NOTÆ.

JURE PERSONARUM] In π' *de statu hominum*, status rationem causæ, jus effecti habet, status est ipsa personæ conditio; ius, quod hanc conditionem sequitur.

SUMMA DIVISIO] Id est, prima & principalis, vel generalissima, πρώτη καὶ ἀνωτάτω. 46. *Basil. tit.* 1.

LIBERI AUT SERVI] Ex *l.* 3. *D. eod.* Adscriptitios, de quibus *lib.* 11. *Cod.* alii in liberorum, alii in servorum numero ponunt.

COMMENTARIUS.

1. *Adscriptitij cuius conditionis habendi, & n.* 3.
2. *Servi diverso respectu ad primum & secundum iuris obiectum pertinent.*

SUmma] id est, prima & principalis, vel etiam generalissima; nam reliquæ sunt secundariæ aut speciales. De agricolis & adscriptitiis quæri solet, quibus comparandi. Et quod in re non dissimili respōdet Ulp. *in l. 10. hoc tit.* etiā his responderi potest, eius conditionis æstimandos esse, quæ in eis prævalet. Non enim una agricolarum coloniis addictorum conditio fuit. Quidam eorum censiti erant, quidam non censiti: hi coloni, illi ferè adscriptitii dicebātur. Adscriptitii quasi servi erant, peculiumque eorum ad dominum pertinebat: coloni liberi, ut coloni Palæstini, Thracenses, Illyricani, de quibus proprii *tit. li.* 11. C. Adscriptitii tributarii erant, id est, capitis censum sive capitationem præstabant: coloni non erant tributarii, reditus tamen certos pro solo domino terræ solvebant. Consule *Cuiac. ad tit. C. de agric. & cens. Greg. Tholos.* 13. *synt.* 10. & omninò *Christin. vol.* 5 *decis.* 86. *& seq.* 1

Servi] Videmus igitur & hic in *l.* 3. *eod.* unde hæc sumpta, non solùm liberos, sed etiam servos ad primum iuris obiectum referri, videlicet ad personas. Atqui servi non minus in dominio nostro, & in commercio sunt, quàm reliqua, quæ in bonis habemus, adeoque quadrupedibus eos exæquat Gaius in *l.* 2. §. 2. *ad leg. Aquil.* Unde effici videtur, ut servi non ad personas, sed ad res referri debeant, non ad primum, sed ad secundum iuris obiectum. Sed nimirum duplex est servi consideratio, qua res, quæ in commercio est, ut & reliquæ res nostræ; & qua persona, quatenus puta cognatus dicitur *l.* 14. §. 2. *& seq. de rit. nupt.* quatenus liber fieri, hæres institui, &c. contrahere & dominum de peculio obligare, ipse iterum naturaliter obligari & alios sibi obligare potest. *l.* 14. *ff de oblig. & act.* Prout igitur consideratur, ita vel ad primum vel ad secundum obiectum pertinet. 2

In hisce & plerisque aliis Christiani orbis provinciis quamvis nulli amplius servi sint; reperiuntur tamen adhuc homines conditionis adscriptitiæ, sive rusticani glebæ addicti & quasi proprii illius loci, cui adscripti sunt; ut in Hannonia, teste D. Gudelino *1. de iur. nov.* 5. in Burgundia & multis partibus Galliæ. Hi enim sunt, quos vocant *Gens de main morte, homines manus mortuæ.* de quibus, *Chass. ad consu. Burg. rubr.* 9. §. 17. Germania quoque eiusdem conditionis homines habet, quos appellant *proprios*, & libertis, magis similes esse, quum mancipiis scribit D. Vi-

glius

glius ad § *sed cum aliquis inf. de test. ord.* Christin. Latinis colonis eos comparat *d. dec. 86. n. 18.* Sed vide Zas. *lib. 1. sing. resp. c. 3. n. 75. & seqq. & lib. 2. c. 7. n. 8. Gail. de pignorat. cap. 8.*

TEXTUS.

1. *Et libertas quidem (ex qua etiam liberi vocantur) est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur.*

NOTÆ.

1. Ex qua liberi] Non ex vocabulo, sed ex re ipsa, quæ vocabulo subest. Definitio hæc Florentini est, *l. 4. D. eod.*

Facere libet] Effectus libertatis est, facere quod libet, est enim potestas vivendi, ut velis. Cic. *in Paradox.* Aristot. 1. pol. 9. Zeno apud Laërt. breviter, ἐξουσία αὐτοπραγίας *potestas pro jure suo agendi.*

Si quid vi] Finge nos vinciri, usu rerum nostrarum vi prohiberi, &c. hæc facultatem quidem faciendi impediunt, libertatem autem non minuunt.

Jure] Οὐ γάρ ἐστι δουλεία τὸ ζῶν πρὸς τὴν πολιτείαν. Aristot. 1 *pol. 9. Legum idcircò omnes servi sumus, ut liberi esse possimus.* Cic. *pro Cluent.* Indicat hanc exceptionem illud Persianum: *Excepto si quid Masuri rubrica vitavit.*

COMMENTARIUS.

Ex *qua etiam liberi*] Non ex vocabulo, sed ex re ipsa, quæ vocabulo designatur. Effectum à causa; concretum ab abstracto. Auctor hujus definitionis est Florent. *in l. 4. hoc tit.*

Cuique facere libet] Differentia ab effectu sumpta. Effectus libertatis est, facere quod libet: est enim *potestas vivendi, ut velis*, teste Cicerone in *Paradox. & 1. off.* à Zenone apud Laërt. breviter definitur ἐξουσία αὐτοπραγίας, potestas pro jure suo agendi. Cæterum quia hæc potestas partim vi impediri potest, partim legibus circumscripta est, additur exceptio, *nisi quid vi aut jure; &c.* qua exceptione significatur, duabus rebus, quominus faciamus, quod lubet, non impediri, vi & jure; neque tamen eo minus liberos esse. Finge igitur nos usu rerum nostrarum vi prohiberi, finge vinciri; facultatem faciendi hæc impediunt, libertatem non imminuunt. Sed neque eo minus sua cuique constat libertas, quod quædam facere legibus prohibemur: nam quæ cum legibus & bonis moribus pugnant, ea ne facere quidem nos posse credendum est, ut præclarè noster Papinian. *l. filius 15. de cond. inst.* Et divinè M. Tullius in Cluentiana; *Legum*, inquit, *idcircò omnes servi sumus, ut liberi esse possimus.* cui simile illud Arist. 1 *pol. 9.* οὐ γάρ ἐστι δουλεία τὸ ζῆν πρὸς τὴν πολιτείαν. Nimirum legis imperium non est δεσποτικὸν, sed πολιτικὸν. quapropter obedientia, quæ legibus ultrò præstanda, ut omnibus libertas sit incolumis, non pugnat cum libertate, sed eam tuetur; quamvis coërceat atque in gyrum rationis actiones cohibeat, ne licentius evagentur ut benè D. Wesemb. *hic, & D. Tulden. c. 2.*

TEXTUS.

2. *Servitus autem est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur.*

NOTÆ.

2. Constitutio] Id est, res jure gentium constituta, causa pro effectu, sic thesaurus dicitur depositio pecuniæ *lege 31. §. 1. D. de acq. rer. dom.* pro *pecunia deposita.*

Domino alieno] Unde Zenoni apud Laërt. servitus definitur στέρησις αὐτοπραγίας.

Contra Naturam] Contra communem illam omnium hominum conditionem, quam ab initio habuerunt à natura, *leg. 3. D. de just. & iur. lege 32 de reg. jur.* φύσει γὰρ οὐδεὶς δοῦλος ἐγενηθὴ ποτέ. Philist. Liberos & servos à natura procreari disputat Aristot. 1. *pol. 3. & 4.* sed alio sensu; nempe ingenio stupidos, & corpore robustos à natura productos videri ad serviendum ijs, qui ingenio valent, ministerio scil. œconomico. D. Heins. *in Epist. ad Georg. Richt.*

COMMENTARIUS.

Constitutio *iuris gentium*] Causa pro effectu; res jure gentium constituta, non ordinatio aut pars constituens. Tropus in hujusmodi verbalibus non inusitatus: sic enim & thesaurus dicitur depositio pecuniæ, *l. nunquam 31. §. 1. de acq. rer. dom.* pro pecunia deposita apud Laërtium à Zenone definitur servitus, στέρησις αὐτοπραγίας.

Contra naturam] Hoc est, contra communem illam omnium hominum conditionem, quam ab initio habuerunt à natura. Nam servi natura, id est, citra factum humanum, aut primævo naturæ statu nulli sunt, *leg. 4. de just. & jure, d. l. quod attinet. de reg. iur.* quanquam justitiæ naturali

non repugnat, ex pactione aut delicto servum fieri. Quod verò Aristoteles *lib. 1. pol.* scribit servos quosdam nasci & natura esse, eo nihil aliud significat, quàm quosdam, nempe ingenio tardos ac stupidos, corpore autem robustos, in hunc finem à natura productos videri, ut aliis, qui ingenio & ratione valent, serviant, subjectione scilicet œconomica, ad ministeria domestica explicanda; qua de re copiosè & acutè disserit Clariss. Heinsius in *epist. ad Georg. Richterum.*

TEXTUS.

3. *Servi autem ex eo appellati sunt, quod Imperatores captivos vendere, ac per hoc servare, nec occidere solent; qui etiam mancipia dicti sunt, eo quod ab hostibus manu capiuntur.*

NOTÆ.

3. IMPERATORES] Non intelligit Principes Romanos, sed στρατηγὸς, belli duces, τῶν πολέμων ἡγεμόνας, ut rectè vertit Theoph.

SERVARE] Eadem ratio nominis redditur in *lege 4. §. 2. D. hoc tit. l. 139. §. 1. D. de verb. sign.* ab Augustin. 19. *de civ. Dei* 15. Servabantur διὰ τὴν ἐλπίδα τῆς πράξεως, ut est in *Basilic.*

MANU CAPIUNTUR] Hæc notatio si vera est, dicendum erit hoc nomen ad res cæteras translatum esse.

COMMENTARIUS.

1 *Captos jure belli quovis tempore occidi posse: non tamen salva interna justitia.*

2 *Sigonius & Bachovius notati.*

3 *Jura de captivis à gentibus introducta, ut captores libentius abstinerent à summo jure, quo captos interficere poterant.*

4 *Captivitatis jura in bello cum Mahumetanis adhuc servari: inter Christianos autem morem esse, ut captos liceat redimere.*

5 *In his regionibus servos adeò nullos agnosci, ut etiam illi, qui aliunde huc cum dominis veniunt, liberi fiant.*

EX eo appellati] Eadem ratio nominis redditur à *Florent. l. 4. §. 2. hoc tit. Pompon. pupillus 139. §. 1. de verb. sign. Augustin. 19. de civ. Dei 15.* Notat hinc *Alciat. in d. l. 139. de verb. sign.* eumque secuti *Mynsi. & Schneid. hic.* non licere hostem, postquam captus est, seque dedidit, occidere, sed tantum arma adhuc tenentem, neque se volentem dedere. In dedititium autem sævire nefas esse, neque id bonos Imperatores unquam permisisse; quamvis plerique statuant, etiam postquam captus est, seseque dedidit, hostem jure occidi posse, donec intra præsidia nostra deductus sit: quia alioqui multa adhuc accidere possunt, ut iterum evadat, *arg. l. in laqueum 55. de acq. rer. dom.* Accuratius autem hac de re disputat *D. Grot. lib. 3. de jur. bel. c. 4.* ubi multis adductis auctoritatibus, ostendit jure belli licere captos occidere, & quovis tempore; licere & eos, qui se dedere volunt, nec recipiuntur; imò & deditos sine ulla conditione. Cùm autem scriptores dicunt id belli jure licitum esse, non intelligi tale jus, quod actum omni culpa liberet, sed facti impunitatem, ut si fortè qui supplicem aut se ultrò dedentem interfecerit, in alio territorio deprehendatur, tanquam homicida puniri non possit, nec bellum ipsi ab alio talis facti nomine inferri. Cæterùm etsi impunè id fiat, laudabile tamen natura esse, actumque hujusmodi carere interna justitia, quoniam excedit modum lædendi naturaliter concessum: ideoque nec in foro animæ excusatum esse. Hinc Augustinum meritò laudare Gothos, quod supplicibus & in templa perfugientibus pepercissent, *illicitum sibi esse indicantes, quod belli jure fieri licuisset lib. 1. de civ. Dei cap. 2.* De illo inter omnes convenit eos, qui vitam salvam pacti, sive in fidem recipiuntur, nec exteriori jure trucidari licere. Porrò de temperamento circa jus interficiendi in bello captos adi eund. *Grot. d. lib. 3. cap. 11. & 14.* nonnulla etiam habet D. Tulden. *com. ad Inst. tit. de his qui sui vel alien. jur. c. 3.*

Imperatores] Non intelligit Principes Romanos, sed στρατηγὸς, belli duces, τῶν πολέμων ἡγεμόνας ut rectè vertit Theoph. Quod hìc ex Sigonio notat Bachovius, Imperatores dictos ab imperio militari, hoc est, jure belli gerendi, verum quidem est: Cæterum quod ex eodem Sigonio adjicit, hoc imperium militare magistratui seorsum lege Curiata dari solitum, falsum est. Nam lex Curiata omnibus omnium annorum patriciis magistratibus necessaria erat, non ad aliquod adventitium rei militaris imperium obtinendum, sed ad confirmationem sui magistratus, ut religio auspiciorum, quæ propriè & præcipuè in Curiarum suffragijs inerat, retineretur; quod vel ex una *orat. 2. in Rull.* intelligi potest, *vid. Gruch. lib. 3. de comit. & in resut. post. disp. Car. Sigon.* ubi multis testimoniis ex antiquitate petitis ostendit, consules & prætores potestatem administrandæ rei militaris jure sui magistratus habuisse.

Vendere ac per hoc servare solent] Non quod hoc facere quasi ex pactione captores cogerentur, sed

sed quia hoc suadebant commoda, quæ captivos servantem gentium item jure sequebantur: nempe δ.ὲ ἐλὶς ἐλπίδα τ τεράτων, ut est in basilic. quo pertinet illud Horatij;

Vendere cum possis captivum, occidere noli.

Cæterum, ut ait Seneca in *Troad.*

Lex nulla capto parcit, aut pœnam impedit.

Et Centurio Cæsarianus Scipionem alloquens apud Hirtium *de bell. Afric. Tibi*, inquit, *gratias ago, quod mihi vitam incolumitatemque belli jure capto polliceris.* Similiter Cæsar Hæduis significat, suo beneficio servatos, quos *jure belli* interficere potuisset, *lib. 7. comm.* Plura ejusmodi reperies apud *D. Grot. d. lib. 3. cap. 4* vid. tamen eundem *d. lib. 3. c. 11. & 14.* ubi docet, quid hic victori liceat secundùm justitiam internam. Non frustra autem jura ista in captivos servatos à gentibus introducta exemplo bellorum civilium intelligi potest, in quibus plerumque videmus captos interfectos, quia in servitutem redigi non poterant, *l. si quis 21. §. 1. de capt. & postlim.* quod & Plutarchus notavit *in vita Othon.* & Tacitus *lib. 2. hist.*

Manu capiuntur] Hæc notatio si vera est, dicendum erit, hoc nomen ad res cæteras translatum esse. Nam mancipium teste Isidoro 8. orig. 4. veteribus dicebatur, quicquid manu capi subdique potest, ut homo, equus, ovis: adeoque omne quod per æs & libram fiebat, in quo erant res mancipi, teste Varrone *in fin. lib. 6. de ling.* Postea receptum, ut & prædia inter res mancipi referrentur, *Vip. tit. 19.*

4 In Lusitania aliisque Hispaniæ partibus, & nonnullis aliis regionibus, quæ Turcis aut Scythis vicinæ sunt, vetera captivitatis & belli jura adversus Mahumetistas adhuc exercentur; qui eadem acerbitate & Christianos tractant, quos bello capiunt. Ac mos est captos servos permanere, etiamsi religionem Mahumetis ejuraverint, eo quod servum esse non adversetur legi Divinæ, *1. ad Corinth. 7. 21. Deuteron. c. 15. Exod. c 21. Levit. cap. 25.* ubi de formis servitutis apud Hebræos, add. *Bodin. 1. de repub. c. 5. Connan. 2. com. 1. circa fin.* Inter Christianos autem jus istud gentium de captivis non observatur, apud quos licet res aliæ ex hostibus captæ capientibus acquiruntur, homines tamen capti servi capientium non fiunt, nec vendi possunt, aut ad operas urgeri, aliáve patienda, quæ servorum sunt. Quippe Christianos lex charitatis rectius instituere debuit, quàm ut à miseris hominibus interficiendis abduci nequirent, nisi minoris sævitiæ concessione. Atque hoc à majoribus ad posteros pridem transisse scripsit Gregoras, nec eorum fuisse proprium, qui sub Romano imperio vivebant, sed commune cum Thessalis, Illyriis, Triballis, & Bulgaris. Et quod hac in parte Christiani, idem & Mahumetistæ inter se servant. Mansit tamen etiam inter Christianos mos captos custodiendi donec pretio redimantur, cujus æstimatio in arbitrio victoris est, nisi certi aliquid convenerit: nam pactum semel pro redemptione pretium victor augere non potest. *Guid. Pap. quæst. 113.* Humanitas etiam docet, non ultra intendi debere, quàm deducto ne egeat captus rebus necessarijs: quandoque pactis hoc definitur, ut nunc inter milites menstruo stipendio. Ius autem captos servandi solet concedi singulis, qui ceperunt, extra personas eximiæ dignitatis: in has enim reipub. aut ejus capiti jus dant plerarumque gentium mores, testib. *Bart. & Bald. in l. nam & Servius, de neg. gest. Boër. decis. 178. Grot. lib. de jur. bell. c. 7. n 9.* Potrò in hisce regionibus servos planè nullos habemus aut agnoscimus, adeo ut judicatum sit à summo Concilio, quod est Mechliniæ, etiam eos servos, qui in Hispania empti cum dominis suis in has partes veniunt, in libertatem proclamari posse, liberosque fieri, sive libertatem ijs, quamdiu hic sunt, jurisdictione defendi. In Gallia quoque servos, licet peregrinorum, ut primùm regni fines penetraverint, eodem momento liberos fieri, exempla rerum judicatarum ostendunt, *vid. Bodin. 1. de rep. 5 Lud. Charond. es Pandect. du droict. Franc. lib. 2. c. 2. Cudelin 1 de jur. n. v. 1. Franc. Zypæum l. b 3 c 2. n. 11. & seq. Christ. vol. 4. decis. 80. n. 2. & seqq. Groenev. v. d. ll. arb. alh. t.*

TEXTUS.

4. *Servi autem aut nascuntur, aut fiunt; nascuntur ex ancillis nostris: fiunt aut jure gentium, id est, ex captivitate; aut jure civili, cum liber homo major viginti annis ad pretium participandum sese venundari passus est.*

NOTÆ.

4. NASCUNTUR EX ANCILLIS] Ex Marcian. *lege 5. §. 1. eod.* Hi vernæ prudentibus dicuntur, de quo nomine vid. Fest. & Nonium. Eodem autem jure ex ancillis nati servi sunt, quo fata cedunt solo; mater enim solo comparatur, vis patris fato. I. Cujac.

JURE CIVILI] Etsi servitus ex jure gentium originem habet, sunt tamen modi quidam constituendæ servitutis etiam jure civili inventi, unus hic exprimitur, alios reperies apud Accurs. & Horom.

LIBER HOMO] Ingenuus scilicet & sui juris: neque enim patroni aut patris jus hoc pacto li-

bertus aut filius intervertere possunt. Cujac.

PRETII PARTICIPANDI] Modò & partem pretij verè acceperit, *l. 1. quib. ad. lib. procl. non licet*, & gnarus conditionis suæ, *l. 2. si lib. ing. esse dic.* venditus sit ignoranti conditionem venditi, *l. 7. §. 2. D. de lib. caus.* Accurs.

COMMENTARIUS.

1 *Cur ad natos ex servo ventre dominium perrectum.*
2 *Quibus modis jure civili servi fiebant.*
3 *Si quis spontanea subjectione se in servitutem det.*

EX *ancillis nostris*] Non ipsi tantum, qui capiuntur, servi fiunt; sed & posteri in perpetuum: nempe qui ex matre serva nascuntur. Et hoc est, quod Martianus dicit iure gentium servos nostros fieri, qui ex ancillis nostris nascuntur, *l 5. §. 1. hoc tit.* Placuit autem ad natos dominium ideo porrigi; quia alioqui in summo iure captores urerentur, illi ipsi nascituri non erant. Cui consequens est, ut nati ante calamitatem, nisi & ipsi capiantur, servi non fiant. Ideo autem natos maternæ esse conditionis gentibus placuit, quia serviles concubitus nec lege nec certa custodia erant constricti, ita ut nulla sufficiens præsumptio patrem indicaret. Atque ita capiendum Ulpiani illud; *Lex naturæ hæc est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur, l. lex naturæ 24. hoc tit.* id est, lex consuetudinis generalis ab aliqua ratione naturali ducta: quomodo iuris naturalis vox abusione quadam interdum sumitur. 1

Iure civili] Etsi servitus est ex iure gentium: sunt tamen nonnulli modi servitutis constituendæ ex jure civili. Unus hic exprimitur: sed plures fuisse constat: Huc enim pertinent, qui servi pœnæ afficiebantur atrocitate sententiæ, quorum crebra in libris nostris mentio. Item qui liberti ob ingratitudinem damnati patrono in servitutem traduntur, § 1. *inf. de cap. domin.* haud secus ac ingrati liberi revocantur in potestatem parentum, *l. un. C. de ingrat. lib.* Erat ex Sancto Claudiano alius libertatis amittendæ modus, si libera mulier domino denuntiante se servo alieno iunxisset, de quo *inf. lib. 3. tit. 13. Vlp. in fragm. tit. 11.* ubi & alium modum indicat, cum incensus aliquis venisset, quod explicat Cicero pro Cæcin. in extremo orationis, *Dionys. Halic. lib. 4. Sigon. lib. 1. de antiq. iur. civ. Ro. c. 14.* Denique etiam in nexos magna fuit creditorum potestas, nec herili admodum absimilis. adi *Liv. lib 2. & 8. Gell lib. 20. c. 1. Mercer. 1. opin. 9. D Salmas. lib. de mod. usf. c. 18. & seq.* Cur igitur servi iure civili dicuntur incogniti? Nimirum quia in iis, quæ sunt iuris civilis pro nullis habentur, nullam eorum communionē habent. 2

Liber homo] Ingenuus scilicet & sui iuris, ut rectè monet Cuiac. neque enim patroni aut patris ius hoc pacto libertus aut filius intervertere possunt, quod & Ang. & Fab. hic notant.

Pretij participandi causa] Modò & partem pretii verè acceperit, *l. 1 quib. lib. proc. non lic.* Et gnarus conditionis suæ *l. 2. si lib. ing. esse dic.* venditus sit ignoranti conditionem venditi, *l. 7. §. 2. de lib. caus. vid. Gloss.*

Venundari passus sit] Venditorem subornabant hominem improbum & has partes fabulæ lucri alicuius gratia peragentem: simulabat is se suum servum vendere. Apud nonnullos usitata fuit voluntaria in servitutem datio, ut apud Germanos, qui novissimo aleæ jactu de servitute conrendebant, *victus voluntariam servitutem adibat*, ait Tacitus *de Morib. Germ.* Posidonius autem Stoicus in historiis narrat, multos olim fuisse, qui suæ imbecillitatis conscii sponte se aliis in servitutem darent, ut domini quidem ipsis providerent de necessariis, ipsi verò operam vicissim, quam possunt, præstarent Quæ si res ita accipiatur in terminis naturalibus, nihil habet in se eximiæ acerbitatis, quoniā perpetua ista obligatio compensatur perpetua alimentorū certitudine, quam sæpè non habent qui diuturnas operas locant: unde sæpè accidit quod dixit Eubulus,

Ἐ θελει δ' ἀνὴρ μοδδὲ παρ' αὐτοῖς κε ταρβῆιν
Ἐπιτιθιους.

Quærunt autem hic DD. possitne quid apud nos perpetuò se obligare ad serviendum aut operas suas locare, quæ servitutis quædam species videtur, nos autem servos non agnoscimus. Respondent omnes, posse: sed cum facti hæc promissio sit, solvendo id, quod interest, promissorem liberari, *l. 13. §. 1. de re iud.* Adi de tota re, *D. Grot. lib. 2. de iur. bell. cap. 5.*

TEXTUS.

5. *In servorum conditione nulla est differentia: in liberis autem multæ, aut enim sunt ingenui, aut libertini.*

NOTÆ.

5. NULLA DIFFERENTIA] Servorum varia quidē ministeria, una tamen conditio est, *l. 5 D. eod.* id est, omnes æquè servi sunt, πάντες πλὼ ἀνπλὼ δοῦλοι εἰσιν, nihilque interest natus quis, an factus servus sit, etsi alius alii præstat, iuxta vetus proverbiū, δοῦλος ωὲ δοῦλε, δεσπότης ωὲ δεσπότε, 1. *polit.* 4.

MULTÆ] Nam interest, utrum quis natus, aut factus sit liber, civis Romanus sit, an Latinus Iunianus, paterfamilias, an filiusfam.

COM-

Ministerio de Cultura 2024

COMMENTARIUS.

1 *Liberorum nullum amplius discrimen esse.*
2 *Civium apud nos qua distinctio.*

NVlla differentia] Servorum una conditio est, *l. 5, in pr. hoc tit. οἱ δοῦλοι ἓν εἶδος εἰσιν.* Micch. Attaliata, id est, omnes æquè servi sunt, nihilque interest, utrum quis natus, an factus sit servus. Planè opere & ministerijs etiam servi inter se differunt, alijs enim honestior, ut atrijensibus, dispensatoribus, amanuensibus ; alijs minus honesta provincia mandatur, ut medianistis, focarijs fornicatoribus, *l. 15. §. itaque præter 44. de iniur. l 1. §. caupones naut. caup. stab.* sed hoc cùm totum sit arbitrij herilis, conditionem eorum non mutat. De varijs servorum ministerijs & officijs scripsit *Pet. Fabr. semestr. pag. 155.*

In liberis multa] Nam primùm interest, utrum quis natus, an factus sit liber, hoc est, utrum quis ingenuus sit, an libertinus : deinde utrum qui liber factus est, civis Romanus sit, an Latinus Iunianus, aut deditius : & porro qui civis Romanus, suine juris sit an alieno juri subjectus : denique qui sui juris est, sitne in tutela vel curatione, an neutro eorum teneatur : quæ summa est eorum, quæ deinceps hoc primo libro tractantur. Prima autem & secunda distinctio vix ullum amplius usum habent. Nam cùm libertinorum differentia à Iustiniano sublata sit, & novissimo jure liberti etiam ingenuis per omnia (salvo licet jure patronatus) exæquati; *Nov. 78. c. 1. & 2.* nullum hodie superesse videtur ne inter liberos quidem discrimen ; utique respectu conditionis liberæ, nam quoad civitatis & familiæ jura adhuc differunt, & sic temperandum existimo, quod scribit D Bachovius ad hunc locum, hodie de liberis rectè dici videri, nullam in eorum conditione & statu differentiam esse. Apud nos sanè cùm nulli sint servi, omnes ingenui dici possunt. Cæterum est generis nonnulla distinctio : alij enim nobiles sunt, sunt qui certis privilegiis atque immunitatibus gaudent, alij ignobiles sive plebeij. Ex nobili patre nati & matre ignobili patrem sequuntur, convenienter *l. cum legitima 19. hoc tit. Christin. vol. 5. decis. 88. n. 12.* Sed & Comitum ac Baronum liberi ex concubinis suscepti pro nobilibus habentur. Distinctio autem inter ecclesiasticos & sæculares sive laicos post receptam apud nos religionem reformatam pene tota sublata est, *D Grot. lib. 1. manud. c. 14. & 15.* Sicubi adscriptitii sunt, ad eos manumissos jus *d. Nov. 78.* applicari posse, censet *D. Gudelin. lib 1. de jur. nov c. 6. in fin.* De variis hominũ generibus adi Franc. Zypæum *in Iud. lib. 3 c. 2.*

TITULUS IV.

De Ingenuis.

SEQUITUR subdivisionis supra positæ per definitionem partium explicatio ; & primo ingenuorum hoc tit.

TEXTUS.

Ingenuus est is, qui statim, ut natus est, liber est ; sive ex duobus ingenuis matrimonio editus est, sive ex libertinis duobus, sive ex altero libertino, & altero ingenuo. Sed & si quis ex matre nascitur libera, patre vero servo, ingenuus nihilominus nascitur, quemadmodum qui ex matre libera & incerto patre natus est : quoniam vulgo conceptus est. Sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore, quo nascitur, licet ancilla conceperit : Et è contrario si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum, qui nascitur, liberum nasci : quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in ventre est. Ex his illud quæsitum est, si ancilla prægnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta pepererit, liberum an servum pariat ? Et Martianus probat liberum nasci : sufficit enim ei, qui in utero est, liberam matrem vel medio tempore habuisse, ut liber nascatur, quod & verum est.

NOTÆ.

INGENUUS] Antiqui ingenuos spuriis opponebant, & patricios initio appellabant, eo quod patrem ciere possent. Liv. *lib.* 10. Cincius apud Fest. in voce *Patricios.* Cæterum etiam iam olim, qui liberi nati erant, ingenuos dictos fuisse ex Plauto in *Milit.* & *Pœnul.* constat, & aliàs quoque Latini ingenuum vocant, quod nativum est; quomodo Lucretius *ingenuos fontes*, Iuvenalis *ingenuum tophum* appellat.

STATIM UT NATUS] Ingenuus propriè est, qui nativam habet libertatem; cùm tamen etiam,

qui ingenuus pronuntiatus est, pro ingenuo accipere debemus; quia res iudicata pro veritate habetur, *l. propen. D. de stat. hom.*

MATRE LIBERA] Quia qui nascitur sine legitimo matrimonio conditionem matris sequitur, *lege 19. lege 24. D. de stat. hom.*

QUONIAM [VULGO CONCEPTUS] His verbis indicatur ratio, cur dicatur ex incerto patre natus. Hotom. pro *quoniam* legendum putat, *id est, qui* Theoph. τελείως δὲ τοῦ ποιεῖν τὴν χρείαν.

MARTIANUS PROBAT] Ex Martiano *l. 5. §. 2. & 3. D. de stat. hom.* totus hic locus sumptus est. Is itaque liber nascitur, qui ex matre aut conceptionis, aut partus, aut medio tempore libera nascitur, quod favor libertatis extorsit. Paul. *lib. 2. sent. 24.* add. *l. 18. D. de stat. hom. l. 4. C. de pœn.*

COMMENTARIUS.

INgenuus est is] Prima semper quæstio esse debet de verbis, licet de rebus potior sit, auctore Platone *in Cratylo.* & Quintilianus *in proœm. lib. 8.* curam verborum, rerum vult esse solicitudinem. Antiqui ingenuos spurijs opponebant, & patricios initio appellabant: eo quod patrem ciere possent, ut constat ex oratione P. Decij Muris apud *Liv. l. 10.* & confirmat Cincius apud Festum in voce *Patricios.* Cæterum etiam eos, qui liberi nati essent, jam olim ingenuos appellatos fuisse, distinctos ab ijs, qui facti erant liberi, ostendit locus Plauti *in Milit.*

Quid? ea ingenua, an festuca facta è serva libera est?

Et quod respondet Palæstrio;

Vah, egone ut ad te ad libertina esse auderem internuncius,

Qui ingenuis satis respondere nequeas cupidis tui?

Eodemque sensu in Pœnulo Adelphasium non semel *ingenua* dicitur. Atque hic hujus vocis apud Latinos usus est etiam in aliis rebus, quæ à natura sunt, & factitiis opponuntur. Sic enim Lucretius *ingenuos fontes.* Iuvenalis *ingenuum tophum* appellat. Verba Iuvenalis *satyra 3.* sunt,

Quanto præstantius esset
Numen aquæ, viridi si margine clauderet undas
Herba, nec ingenuum violarent marmora tophum?

Quo loco tophum nativum disertè *ingenuum* vocat; nec ulla est translatio, contra quam existimat Britannicus. Ingenuus igitur propriè est, qui nativam habet libertatem. Cæterum quia res iudicata pro veritate habetur, etiam ingenuum accipere debemus eum, qui ingenuus pronuntiatus est, *l antepen. de stat. hom.* Sed & jura ingenuitatis habent, salvo jure patronatus, qui jus aureorum annulorum à Principe impetraverunt, *tit. de jur. aur. annul.* & plenissimam ingenuitatem, qui à Principe natalibus restituti sunt, *tit. de nat. rest.* Hodie omnes liberi ex constitutione Iustiniani *num. 78.* ingenui sunt, ut hæc quæstio, quæ olim propter prærogativas ingenuorum magni momenti erat, hodie nullius usus sit.

Matre libera] Partus extra nuptias conceptus matris conditionem sequitur, *l. lex naturæ 22. de stat. hom. l. 3. C. sol. matrim.* Patrem sequi non potest, quia nullum habere intelligitur, cùm is duntaxat pater sit jure civili, quem nuptiæ demonstrant, *l. 6. de his qui sui vel al. jur. l. 5. de in jus voc.* Quid si natus sit ex ventre adscriptitio? Placet adscriptitium nasci, *l. ne diutius 21. C. de agric. & cens. lib. 11.* In comitatu tamen Burgundiæ hoc non observatur, sed natus ex manumortua & patre libero, aut manumortuo & matre ingenua, patris conditionem, non ventris, sequitur, *Christin. vol. 5. decis. 88.*

Quoniam vulgo conceptus] Ratio cur dicatur ex incerto patre natus, nimirum quia mater cum pluribus consuevit. Hoc quidem de natis ex concubina dici non potest: sed tamen nec hi patrem habere intelliguntur, quoad ea, quæ sunt juris civilis, & effecta justi matrimonij, puta patriam potestatem, familiam, jura sacrorum, *§ si adversus inf. de nup.*

Liberam nasci] *l. 5. §. 2. de stat. hom.* Is itaque liber nascitur, qui ex matre aut conceptionis, aut partus, aut medio tempore libera nascitur; quod partim ex ratione juris, partim propter favorem libertatis receptum est, *Paul. l. 2. sent. 24.* Potest & in universum hæc ratio dari, quod is, qui in utero est, quoties de commodo ejus agitur, pro jam nato habetur, *l. 7. l. pen. d. tit.*

TEXTUS.

1. *Quum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit ei in servitute fuisse, & postea manumissum esse: sæpissime enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem.*

NOTÆ.

1. IN SERVITUTE] Aliud est in servitute esse, aliud servum esse: illud facti, hoc juris est. Servus est, qui justam servitutem servit; in servitute esse dicitur, qui cùm servus non sit, pro servo habetur, ut Pamphila Terentiana in *Andria.* Sic quo-

que

que aliud est in libertate esse, aliud liberum esse; aliud in possessione esse, aliud possidere, *l.* 10. §. 1. *de acq. poss.*

Constitutum est] Plures extant hac de re constitutiones sub *tit Cod. de ingenuis manum.* & eo pertinet *l.* 21. §. 1. *D. de capt. & postlim.*

Natalibus] Theophil. τῇ εὐγενείᾳ, ingenuitati. *Paul. lib. 5. sent.*

Non officere] Non inurere notam libertinæ conditionis.

COMMENTARIUS.

In *servitute*] Aliud est in servitute esse, aliud servum esse: illud facti, hoc juris est. Sic aliud est in libertate esse, aliud liberum esse; aliud in possessione esse, aliud possidere, *l.* 10. *de acq. poss.* Servus est, qui justam servitutem servit: in servitute esse dicitur, qui cùm servus non sit, pro servo habetur, ut Pamphilia in Andria Terentij.

Natalibus] Id est, τῇ εὐγενείᾳ, ingenuitati sive nativæ conditioni, quam non vitiavit falsa servitutis opinio. Plures extant hac de re constitutiones *sub tit. C. de ingen. manum.* Atque huc pertinet, quod *Ulp. in l. si quis* 21. §. 1. *de capt. & postl.* scribit, bello civili captos & venundatos, posteaque manumissos, supervacuo à Principe repetere ingenuitatem, utpote quam captivitate illa non amiserunt.

TITULUS V.

De Libertinis.

Summa Tituli.

Pars altera subdivisionis, quæ ad libertinos pertinet: qui quales sint, unde originem ducant, quibus modis ad hanc conditionem perveniant, & de diversa eorum qualitate, hoc Tit. disputatur.

TEXTUS.

Libertini sunt qui ex justa servitute manumissi sunt. Manumissio autem est, de manu datio: nam quamdiu aliquis in servitute est, manui & potestati suppositus est: & manumissus liberatur à domini potestate. Quæ res à jure gentium originem sumpsit: utpote cùm jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio, cùm servitus esset incognita. Sed postquam jure gentium servitus ingenuitatem invasit, secutum est beneficium manumissionis: & cùm uno communi nomine omnes homines appellarentur, iure gentium tria hominum genera esse cœperunt, liberi, & his contrarium servi, & tertium genus libertini, qui desierant esse servi.

NOTÆ.

Libertini] Ex *l.* 6. *D. de stat. hom.* Appij Cæci temporibus & deinceps aliquandiu libertini dicti non ipsi, qui manumittebantur, sed ingenui ex his procreati, ut scribit Sueton. *in Claud.* postea ipsi manumissi libertini dici cœperunt, & ex his procreati ingenui. Liberti & libertini nomina sic differunt. Liberti nomen ad jus patronatus respicit, libertini ad personæ conditionem, *l. 1. & ult. D. si ingen. esse dic.* Libertus & patronus relata sunt: libertinus & ingenuus contraria. Hotom.

Justa servitute] Id est, quæ revera servitus sit, non opinione & errore tantùm, addit Theoph. κ) ἐννόμως, *& legitima*, quod non placet.

De Manu datio] Reponendum ex Florent. *de manumissio, id est, datio libertatis leg.* 4. *D. de just. & jur.* ut brevi servi sermonis compendio notetur & nominis definitio & rei.

Ingenuitatem] Hæc vox non est apud Ulp. *d. l.* 4. neque eam agnoscunt Cont. Cujac. Hotom. Wes. Theophil. & delendam censeo cum Bachov.

Communi Nomine] Apud Ulp. *in d. l.* 4. legitur, *uno naturali nomine*, sensus est, cùm omnes homines natura liberi essent, ut nomen rei conveniat.

Liberi] Id est, *ingenui.* Partem subdivisionis in divisione collocat, quod Ulpiano, à quo hæc sumpta, familiare, *l.* 5. *D. de pact. l.* 1. §. 2. *D. de just. & jur.*

COMMENTARIUS.

Libertini sunt] Ex Caio in *l.* 6. *de stat. hom.* antiquitus libertinos dictos scribit esse Tranquillus *in Claud.* non ipsos, qui manumitterentur, *sed ingenuos ex his procreatos.* Ex quo loco duo præterea colligas, nempe postea eos ipsos, qui manumitterentur, libertinos dici cœpisse, & qui ex his procreati essent, ingenuos. Notant hic plerique ex Laur. Valla *lib.* 4. *c.* 1. differentiam esse inter *Libertinus* & *Libertus*; illud esse relativum ingenui, hoc patroni: id est, voce *Liber-*

tinus

tinus designari conditionem hominis ingenuitati ex adverso oppositam ; per *Libertus* autem significari privatum quendam respectum ad patronum, cujus libertus, non libertinus dicitur, qui manumissus est. Illud leviusculum est, quod ibidem Valla notat, *Libertinus* esse adjectivum : *Libertus* substantivum.

Ex iusta servitute manumissi] Iusta, id est, quæ revera servitus sit, non opinione & errore tantum. Aliquando & sine manumissione dominorum servi libertatem accipiunt ex senatusconsulto aut constitutione aliqua, exempla suppeditat *tit ff. qui fin. man. d. lib. perv. & tit. C pro quib. ca. serv. pro præm. lib. ac* Generalius itaque definiri potuisset, libertinos esse, qui desierunt esse servi, ut in calce hujus text. ex Ulp. *l. 4. de iust. & iur.* unde reliqua hujus loci descripta sunt.

De manu datio] Reponendum ex textu Florentino, *de manu missio, id est, datio libertatis, d. l. 4. de iust. & iur.* ut brevi sermonis compendio notetur definitio & nominis & rei. De manu enim est, de potestate Domini. Lucan. *lib. 1.*

In manibus vestris, quantus sit Cæsar habetis.

Ingenuitatem] Vox hæc inducenda est, quæ nec in vulgatis editionibus reperitur, nec est apud Ulpian. *d. l. 4.* unde hæc sumpta; neque eam agnoscunt Hotom. Cujac. Cont. Theophilus.

Communi nomine] Alias, *naturali nomine.* Id est, cùm omnes homines liberi essent : ut nomen rei conveniat. Plura quæ huc pertinent, notavimus sup. ad *tit. de iur. nat. gent. & civ.*

TEXTUS.

1. *Multis autem modis manumissio procedit : aut enim ex sacris constitutionibus in sacrosanctis Ecclesiis, aut vindicta, aut inter amicos, aut per epistolam, aut per testamentum, aut per aliam quamlibet ultimam voluntatem. Sed & aliis multis modis libertas servo competere potest, qui tam ex veteribus, quàm ex nostris constitutionibus introducti sunt.*

NOTÆ.

1. MULTIS MODIS] Olim tres tantùm modos manumittendi fuisse, censu, vindicta, testamento, ostendit argumentatio Ciceronis *in topic.*

SACROSANCTIS ECCLESIIS] Hic modus tribuendæ libertatis à Constantino introductus est, *l. 1. & 2. Cod. de his qui in Eccles. man.* & suffectus in locum ejus, qui olim fiebat lustrali censu, vid. Sigon. *leg. 1. de antiq iur. civ. Rom. c. 14. add tripart. hist. lib. 1. c. 7. & Niceph. 7. c 16.*

VINDICTA] Virgulam esse scribit Boët. *in Topic. Cic.* quam lictor jussu magistratus manumittendi capiti imponebat. *Festuca* Plauto dicitur in *Mil. Glor.* κάρφος. Plutarcho *de sera num. vind.* Nomen ductum à Vindicio creditur Vitelliorum servo, qui cùm nobilium adolescentium conjurationem de Tarquinijs reducendis detexisset, primus hoc modo manumissus traditur, *Liv. lib. 2.*

INTER AMICOS, PER EPISTOLAM] Inter amicos adhibitis quinque testibus : per epistolam à domino & quinque testibus subscriptam, *l. un. §. 1. & 2. C. de Latin. lib. toll.*

ALIAM ULTIMAM VOLUNTATEM] Puta per codicillos.

MULTIS MODIS] Quorum plerique enumerantur in *d. l. un. §. 3. & seqq.*

COMMENTARIUS.

Multis autem modis] Olim tres tantùm modos manumittendi fuisse, censu, vindicta, testamento, ostendit argumentatio Ciceronis in Topic. ab enumeratione partium. *Si neque censu,* inquit, *neque vindicta, neque testamento liber factus est, non est liber.* Accesserunt quidem postea & alij modi ; veluti per epistolam ; in convitio, inter amicos ; sed his modis manumissis plena libertas non conferebatur, *Ulp. & Caius in inst.*

In sacrosanctis Ecclesiis] A Constantino constitutum est, ut in Ecclesijs, hoc est in cœtu Christianorum, veluti in comitijs Ecclesiasticis, teste populo & signatore Episcopo, manumissi justam libertatem consequerentur, *tit. Cod. de his qui in Eccles. man.* quod genus manumissionis suffectum esse apparet in locum ejus, quæ olim per censum fiebat, cùm servi lustrali censu in campo jussu dominorum inter cives Romanos censum profitebantur, *vid. Sigon. lib. 1. de ant. iur. civ. Rom. cap. 14.*

Vindicta] Virgulam esse scribit Boëtius in Top. Ciceronis, quam lictor jussu magistratus manumittendi capiti imponebat : atque ab hac virgula hunc manumittendi modum appellatum. *Festuca* Plauto dicitur *in mil. glorios.* Alij hunc modum sic dictum malunt à Vindicio Vitelliorum servo, qui primus dicitur vindicta liberatus, eo quod conjurationem nobilium adolescentium de Tarquinijs reducendis detexisset, auctore Livio *lib. 2.* Tenebat dominus modò caput, modò aliud membrum servi, dicebatque, hunc hominem liberum esse volo. Fest. in verb. *manumitti,* & cum dicto eum circumagebat, significans, se ei potestatem

statem facere abeundi, quò vellet. Eò pertinent. hæc Persij satyr. 5.

——— *Heu steriles veri, quibus una Quiritem*
Vertigo facit.

Et paulò post;

Verterit hunc dominus, momento turbinis exit
Marcus Dama.

Pluribus hæc explicant *Marcil. ad d. satyram, Brissonius lib. 5. antiq. c. 11. Sigonius lib. 1. de antiq. iur. civ. Rom. cap. 6. Iac. Gallus Neapol. in apicib. leg.*

Inter amicos, per epistolam] Inter amicos adhibitis, quinq; testibus, per epistolam à domino & quinq; testibus subscriptam. *l. un. §. 1. & 2. C. de Lat. lib. toll.*

Aliam ultimam voluntatem] Puta codicillos. Consultò tamen miscere videtur iustos manumittendi modos cum cæteris, quia ipse differentiam sustulit.

Alijs multis modis] Quorum plerique enumerantur in *d. l. un. §. 3. & seqq. C. de Lat. lib. toll.* Addant curiosiores *tit. C. pro quib. cap. serv. pro præm. lib. acc. ff. qui sine man. ad lib. perv. C. si manc. ita ven. ne prosit. & si manc. ita fu. alien. l. nemini. C. de episc. aud.*

TEXTUS.

2. *Servi verò à dominis semper manumitti solent, adeò ut vel in transitu manumittantur; veluti cùm prætor, aut præses, aut proconsul, in balneum, vel in theatrum, eunt.*

NOTÆ.

2. SEMPER] Id est, omni die, sive festo, sive profesto, sive fasto, sive nefasto, ἢ ἐν ἀπραάκλῳ ἡμέρᾳ. Fabrot. in not. ad Theophil. *l. 2. l. 8. C. de ferijs.*

IN TRANSITU] Cùm aut lavandi aut gestandi, aut ludorum gratia magistratus prodit, *leg. 7. D. de man. vind.* est enim hic actus voluntariæ iurisdictionis, *l. 2. D. de off. proconf.*

COMMENTARIUS.

SEmper] Id est, omni die, sive festo, sive profesto, sive fasto sive nefasto.

In transitu] Cùm aut lavandi, aut gestandi, aut ludorum gratia prodeunt prætor, proconsul legatusve Cæsaris, *l. 7. de man. vind.* Neque enim necesse est pro tribunali manumittere, cùm hic actus sit voluntariæ jurisdictionis, *l. 1. de offic. proconf.*

TEXTUS.

3. *Libertinorum autem status tripertitus antea fuerat: nam qui manumittebantur, modò majorem & justam libertatem consequebantur, & fiebant cives Romani: modo minorem, & Latini ex lege Iunia Norbana fiebant: modò inferiorem, & fiebant ex lege Ælia Sentia dedititij. Sed quoniam dedititiorũ quidem pessima conditio jam ex multis temporibus in desuetudinem abierat: Latinorum verò nomen non frequentabatur: ideoq; nostra pietas omnia augere, & in meliorem statum reducere desiderans, duabus constitutionibus hoc emendavit, & in pristinum statũ reduxit: quia & à primis urbis Romæ cunabulis una atq; simplex libertas competebat, id est, eadem, quam habebat manumissor; nisi quod, scilicet, libertinus sit, qui manumittitur, licet manumissor ingenuus sit. Et dedititios quidẽ per constitutionem nostram expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones; per quas suggerente nobis Triboniano viro excelso Quæstore nostro antiqui juris altercationes placavimus. Latinos autem Iunianos, & omnem, quæ circa eos fuerat, observantiam, alia constitutione per ejusdem Quæstoris suggestionem correximus, quæ inter Imperiales radiat sanctiones. Et omnes libertos (nullo nec ætatis manumissi, nec domini manumittentis, nec manumissionis modo discrimine habito, sicuti anteà observabatur) civitate Romana decoravimus, multis modis additis, per quos possit libertas servis cum civitate Romana, quæ sola est in præsenti, præstari.*

NOTÆ.

3. STATUS TRIPERTITUS] Ulpian. *in fragm. tit. 1. & 3.* Caius *1. Inst. tit. 1.*

ANTEA] Hoc non est referendum ad tempora libertæ Reip. nam primus hanc differentiam introduxit Augustus. Sueton. *in Aug.*

CIVES ROMANI] Nempe qui vindicta, censu, testamento manumissi erant. Ulp. & Caj. *ubi sup.* Hos modos civiles & legitimos vocat Theoph.

LEGE JUNIA NORBANA] Quâ cautum, ut ij servi, qui per epistolam aut inter amicos, aut convivij adhibitione manumitterentur, non cives Romani, sed eodem jure essent, quo ante bellum sociale Latini coloni. *l. un in pr. C. de Lat. lib. toll.* ut neque connubij, neque testamenti, neq; mancipij aut nexus, neq; patriæ potestatis, &c. jura habuerint. Ulp. *in frag.* variis locis. Poterant autem multis modis jure Quiritium augeri. Ulp. *d. tit. 3.*

DEDITITII] Hi quoque Latini liberti fuere, sed conditione Latinorum deditiorum, quos scil. populus Romanus post defectionem victos in deditionem acceperat. Scribit Suetonius Augustum caviſſe, ne vinctus unquam tortusve ullo libertatis genere civitatem adipiscereturcap. 40. Add. Ulp & Caj. *ubi sup.*

PESSIMA CONDITIO] Non multum distans à servientium specie, *§. ult. inf. d. succ. libert.*

IN MELIOREM STATUM] Aliud judicium Augusto fuit, qui magni æstimabat sincerum atque ab omni colluvione peregrini ac servilis sanguinis incorruptum servare populum. Suet. *c.* 40.

DUABUS CONSTITUTIONIBUS] *l. un. C. de Lat. lib. toll. l. un. C. de dedit. lib. toll.*

SIMPLEX LIBERTAS.] Cic. pro *Balb.* Dionys. Halic. *lib.* 4. ubi Servium Tullium huius instituti auctorem fuisse refert.

LIBERTINUS SIT] Jure novissimo & hoc sustulit Justinianus data ingenuitate, salvo tamen manente Jure patronatus. *Nov.* 78.

ÆTATIS MANUMISSI] Vid. Ulpian. *tit.* 1. §. 7. Theophil. *hic.*

DOMINI MANUMITTENTIS] Malo *dominij* cum Augustino *lib.* 3. *emend. c.* 7. & Grot. *in sparſ. Flor.* ne ad ætatem domini referatur, sed ad qualitatem dominij. Theophilus quoque habet περὶ τὴν δεσποτείαν, nimirum dominorum alius in bonis, alius ex jure Quiritium habebat: ille Latinum faciebat, hic civem. Ulp. *tit.* 1. §. 11. quæ differentia sublata, *l un. C. de nud. jur. Quir. toll.*

DECORAVIMUS] Alij *donavimus*, Antoninus antea civitate data exæquaverat omnes ingenuos; *l.* 17. *D. de stat. hom.* Justinianus omnes libertinos, novissimè & libertinorum conditionem sustulit, data manumissis ingenuitate. *Nov.* 78. *c.* 5.

COMMENTARIUS.

1. *Latini liberti quo jure fuerint.*
2. *Quo jure dedutij.*
3. *Antoninum exæquasse omnes ingenuos, Justinianum omnes libertinos.*

1 ANtea fuerat] Hoc non est referendum ad tempora liberæ reip. sed sequentia. Nam, ut auctor est Suetonius, primus Augustus, cùm servorum manumissione contaminari civitatem Romanã videret (quod & Dion. Halicarn. *l.* 4. conqueritur) eos multis difficultatibus à libertate iustare movit: deq; numero & conditione & differentia eorum, qui manumittebãtur, curiosè cavit. Hinc nata lex Ælia Sentia, hinc Fusia Caninia, de quibus postea. Hinc Junia Norbana Silano & L. Norbano Coss.

Cives Romani] Scilicet, qui censu, vindicta, testamento, non qui per epistolam, aut inter amicos manumissi erant. Ulp. & Cajus in inst.

Latini in lege Norbana] Qua cautum fuit, ut ij servi, qui per epistolam, aut inter amicos, aut convivij adhibitione manumitterentur, non cives Romani, sed eodem iure essent, quo ante bellũ sociale Latini coloni, quod significare voluit Justinianus *l. un. in pr. C. de Lat. lib. toll.* cùm ait, *Latinos libertos ad similitudinem antiqua Latinitatis, qua in colonias deducta est, introductos esse.* Discimus autem ex Cicerone *pro Cæcinn. & pro domo sua*, eos qui in Latinam Coloniam nomina dedissent, aut deducti inque eam civitatem recepti essent, Romanam civitatem amisisse: & hoc quoque est, quod Boët. *in Top. Cic.* scribit, *ista in Latinas Colonias profectione mediam capitis d. minutionem contingere.* Quæ cùm ita sint, apparet eos neque connubii, neque testamenti, neque mancipij aut nexus, neq; patriæ potestatis, neque tutelæ recipiendæ iura habuisse, ac proin eadem quoque conditio Latinorum libertinorum fuit: quod etiam diserte variis in locis testatur Ulpian. *in frag.* De Latinis libertis ita scribit Justinianus *§. uit. inf. de succeſſ. libert. eos quidem ut liberos vitam peregisse, attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amisisse; & quasi servorum ita bona eorum jure quodammodo peculij patronos occupasse* congruit *l. 1. C. Theod. de pecul. laxed.* Quemadmodum autem Latini coloni multis rationibus ad civitatem Rom. pervenire poterant, quas ex *Liv. Appian. Cic. pro Cæc. pro Balb. pro dom. sua*, collegit *Gruth. lib. 2. de comit.* Ita & Latini liberti multis modis jure Quiritium augeri, quos recenset Ulpian. *in frag. tit. 3.*

Ex lege Ælia Sentia deditij] Auctor huius legis Augustus, latores Sext. Ælius & C. Sentius coss. Scribit enim Suetonius Augustum caviſſe, *ne vinctus unquam tortusve ullo libertatis genere civitatem adipiscereturEt* existimare licet libertos hosce deditios eandem habuisse libertatem, quam populus Rom. Latinis illis reliquerat, quos post defectionem victos & in deditionem acceptos vita quidem & imagine aliqua libertatis ex humanitate donaverat, sed ut jure connubiorum & commerciorum multati ad ius civitatis nunquam

quam pervenire possent: ut sint hi quoque Latini liberti, sed conditione Latinorum deditiorum, add. *Ulp. Cai. in Inst.* Formulam deditionis descripsit Livius in deditione Collatinorum & Campanorum, *l. b. 1. & 7.*

In meliorem statum reduxit] Non deest, quod contra dici posset. Certè aliud judicium Augusto fuit, qui magni existimabat sincerum atq; ab omni colluvione peregrini ac servilis sanguinis incorruptũ servare populum: civitatemque tam parcè dabat, ut Liviæ pro tributario Gallo roganti civitatem negaverit, immunitatem obtulerit: affirmans se faciliùs passurũ fisco detrahi aliquid, quàm civitatis Romanæ vulgari honorem. Sueton. *in Aug. c. 40.*

Duabus constitutionibus] *l. un. C. de Lat. lib. toll. & l. un C. dedit. lib. toll.*

Primis cunabulis] Hoc non ita dictum accipiemus, quasi iam inde ab urbe condita manumissi ius civium habuerint: sed ex quo manumissis ius civitatis communicatum est (quod factum est infante adhuc populo sub rege Servio Tullio) id diu postea observatum fuisse, manusseque usque ad tempora Augusti, arg. eorum, quæ tradit *Dionys. Halic. lib. 4.* Et ergo ex illo tempore, quamdiu respub. stetit, una liberorum omnium conditio fuit: nam omnes pari jure cives Rom. erant, & plena ac justa libertate fruebantur.

Libertinus fit] Jure novissimo & hoc sustulit, data ingenuitate, salvo tamen manente jure patronatus. *Nov. 78.*

Ætatis manumissi] Nam lege Ælia Sentia cavebatur, ut servus minor triginta annis in testamento manumissus non civis fieret, sed Latinus esset; vindictâ manumissis non aliter civis fieret, quàm si causa apud consilium probata fuisset, teste Ulpiano *in fragm. tit. 1.* De censu quid hic dicam non habeo: necesse tamen est, aut hunc actum nullum fuisse, aut eum, qui inter cives census esset, civem factum. Itaque dubito, an verum sit, quod generaliter definit Theophilus, servum minorem 30. annis, quoque modo manumissum, Latinum fieri.

Domini manumittentis] Augustinus 3. *emend.* legendum censet *dominij*, ut hoc non ad ætatem domini referatur, sed ad qualitatem dominii, quod & Grot. h. in flor. sparс. probat, & Theophilum ita legisse arguunt verba paraphrasis, περὶ τὴν δεσποτείαν τῶν ἐλευθερούντων. Dominorum enim alius in bonis, alius ex jure Quiritium habebat: ille Latinum faciebat, hic civem. Ulp. *in frag. tit. 1. §. 11. & Theoph. hic.* quæ differentia à Justiniano sublata est *l. un C. de nud. jur. Quir toll.*

Civitate Romana decoravimus] Atqui iam multo ante omnes, qui in orbe Romano essent, ex constitutione Antonini cives Romanos effectos Ulp. prodidit *l. in orbe de stat. hom.* Sed illa constitutio non pertinet ad eos, qui conditione personæ, sed natali loco & patria impediebantur, quominus essent cives Romani. Quæ res ut planissimè intelligatur: Jus civitatis Romanæ olim rarò, & non nisi benè meritis civitatibus dari solitum erat. Postea lege Julia datum est sociis & Latinis omnibus, qui arma deposuerant. Id factum initio belli socialis. Sigon. *lib. 3. de antiq. jur. Ital. c. 1. & 2. Gruch. lib. 2. de comit. Rom.* Hoc autem beneficium intra terminos Italiæ cõtinebatur, ut docet *Cic. pro Balb.* Progressu temporis quibusdam etiam provincialibus civitas data: & ad extremum omnibus, qui sub imperio Romano essent, constitutione Antonini. Antoninus ergo civitate data exæquavit omnes ingenuos. Justinianus sublata differẽtia manumissionis omnes libertinos: qui novissimè & libertinos exæquavit ingenuis, salvo jure patronatus. *Nov. 78.* quod positum est in obsequiis, operis, dono, munere & successione libertorum, *tit. de jur. patron. & aliquot seqq. li. seq.* Sunt & tacitæ quædã manumissionis species; veluti si dominus servum suum tutorem vel hæredem scripserit, aut adoptaverit, §. 2 *inst. tit. prox §. 1. inst. qui test. tut. dar. & ult. inst. de adopt.* aliæq; complures. quas operæ pretium non est aut recensere, aut explicare, congessit eas Gudel. *lib. 1. de iur. noviss. c. 4.*

TITULUS VI.

Qui & quibus causis manumittere non possunt.

Argumentum Tituli.

EGITUR quod ex superiore Tit. intelligi potuit, cum varij sint manumittendi modi, eadem tamen omnium vis atq; effectus est, ut omnes manumissi liberi fiant & cives Romani. At enim hæc manumissorũ omnium exæquatione nihil detogatum est legi Æliæ Sentiæ, quę quibusdam ex causis libertatem impediebat; sed quibus ex causis illa eam impediebat ante hanc exæquationem, ex iisdem etiam nunc obstat, quominus manumissi liberi fiãt. Causæ duæ duobus huius legis capitibus, quæ hic proponuntur & explicantur, comprehensæ: quorum primo cavetur. *Ne quis in fraudem creditorum manumittat, nisi fortè servum unicum hæredis habendi gratia*: altero, *ne minoribus 20. annis aliter ius sit manumittere, quàm iusta causa apud consilium approbata.* Et totidem ergo erunt superioris regulæ exceptiones.

TEXTUS.

Non tamen cuicunque volenti manumittere licet: nam is, qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit: quia lex Ælia Sentia impedit libertatem.

NOTÆ.

NIHIL AGIT] Igitur ita manumissi liberi non fiunt: & additur ratio, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem, id est, liberos fieri prohibet; sicut in universum, quod lege prohibente fit ipso jure nullum est, *l. 5. Cod. de legib.* quod si cubi legas libertatem revocari aut rescindi, id minùs propriè dictum accipe: vid. respectu actus manumissionis, qui in suspenso est, donec constet de fraude, & an creditores suo jure uti velint. Legem hanc latam esse Augusti temporibus indicat Dio *lib. 55.* consule *indic. leg. Rom.* Hotom. Conn. lib. 2. comm. c. 5.

COMMENTARIUS.

Nihil agit] Nempe ergo ita manumissi liberi non fiunt: & ratio additur, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem, hoc est, liberos fieri prohibet, *l. in fraudem 17. qui & à quib. man.* sicut in universum quicquid lege prohibente fit, ipso jure nullum est, *l. non dubium, C. de legib.* Quamobrem cùm legimus libertates per legem Æliam Sentiam rescindi aut revocari, ut in *l. 5. §. 2. d. tit. l. 1. C. qui man. non poss.* hoc minùs propriè dictum accipiemus, & respectu actus manumissionis, qui non continuò & ab initio ipso jure nullus est, sed suspenditur, donec constet, fraudati sint creditores, necne: & si fraudati sunt, utrum iure suo uti velint: nam si non sint fraudati, aut fraudati jure suo non utantur, actus validus est, & manumissi retrò liberi facti intelliguntur: si fraudati sint & jure suo utantur, perinde habetur atque si nulla manumissio interveniisset. Quamdiu autem hæc incerta sunt, scribit Paulus manumissos vi ipsa statu liberos esse, *l. 1. de statu lib.* Ipse autem manumissor & hæredes eius nullo colore libertatem revocare possunt: *l. 5. C. de serv. pig. dat. man fac. l. 3. qui & à quib man.* His addi potest & peculiaris ratio, quod libertas, quæ semel competiit, non revocatur, *§. semel hoc tit. leg. 9. § 1. de man. vind.* Ex quibus omnibus manifestum est, errare D. Pacium, qui in notis marginalibus scribit, libertatem ipso jure competere, sed retractari. Alia longè ratio est edicti. *Qua in fraud. cred.*

TEXTUS.

1. *Licet autem domino, qui solvendo non est, in testamento servum suum cum libertate hæredem instituere, ut liber fiat, hæresq; ei solus & necessarius: si modo ei nemo alius ex eo testamento hæres extiterit: aut quia nemo hæres scriptus sit, aut quia is, qui scriptus est, qualibet ex causa hæres ei non extiterit. Idque eadem lege Ælia Sentia provisum est, & rectè. Valdè enim prospiciendum erat, ut egentes homines, quibus alius hæres extiturus non esset, vel servum suum necessarium hæredem haberent, qui satisfacturus esset creditoribus: aut hoc eo non faciente creditores res hæreditarias servi nomine vendant, ne injuria defunctus afficiatur.*

NOTÆ.

1. LICET AUTEM DOMINO] In capite legis Æliæ Sentiæ, *Ne quis in fraudem creditorum manumutat*, nominatim addita fuit hæc exceptio, *nisi quis unum ex servis suis testamento liberum & hæredem esse jusserit.*

HÆRESQUE EI SOLUS] Non tamen necesse est, solum hæredem scriptum esse, sed neminem alium hæredem existere, ne ex substitutione quidem, *leg. 57. D. de hæred. institut.*

INIURIA] Positum pro *ignominia*, nam ignominiosum bona cuiusquam propter æs alienum divendi: cuius rei testis locuples Cicer. *pro Quinct.* Igitur ratio exceptionis hæc est, ut actionis ignominia, qua alioqui defunctus oneraretur, potius derivetur in hæredem servum.

COMMEN-

COMMENTARIUS.

IN capite legis Æliæ Sentiæ, *Ne quis in fraudem creditorum manumittat*, nominatim additur hæc exceptio, *nisi quis unum ex servis suis testamento liberum & hæredem esse jusserit*, quod quamobrem à lege provisum sit, mox dicitur.

Hæresve ei solus] Non quod necesse sit, solùm eum hæredem scriptum esse, sed si plures scripti sunt, cæteros deficere, & neminem alium hæredem existere, ne ex secundo quidem gradu; utique libero homine substituto, *l. si is qui 57. de hær. inst.* nam si & alter servus secundo loco scriptus sit, solus primo loco scriptus hæreditatem capiet, *l. qui solvendo 60. d. tit.* Quid si duo servi eodem gradu instituti? Invicem sibi obstant. Cæterum altero ante apertas tabulas mortuo, is qui supererit, liber & hæres erit, *l. 42. & seq. eod.*

Necessarius] Ita dicitur, non quia hereditatem adire cogitur: sed quia sive velit, sive nolit, omninò post mortem testatoris protinus liber & hæres fit, §. 1. *inf. de hær. qual. & diff.* ac proinde ipso jure, sicuti sui & necessarii hæredes, *arg. l. funeiosus 63. de acq. hær.* Hoc tantùm interest quod prætor suis hæredibus potestatem facit abstinendi ab hæreditate, necessariis non item, *l. necessarijs 57. d. tit.*

Valdè enim prospiciendum erat] Ratio exceptionis satis justa, videlicet ut famæ defunctæ parcatur, & auctionis ignominia, qua alioqui defunctus onerarentur, in hæredem servum potiùs derivetur: qui duplici de causa hoc æquo animo ferre debet: primum quia rem pretiosissimam & inæstimabilem libertatem consequitur; deinde quia quicquid post mortem patroni sui acquirit, non obnoxium creditoribus, si bonorum separationem petierit, quam impetrare potest, si bona defuncti non attigerit, *d. §. 1. Inst. de hær. qual. & diff. iunct. l. 1. §. ult. de separ.* Falluntur ergo qui scribunt, servum hæredem necessarium conveniri posse, si is postea ad meliorem fortunam pervenerit, exemplo eorum, qui bonis cesserunt, *§ ult. inf. de act.*

Iniuria] Hoc est, ignominia, quamvis enim edicto prætoris de infamibus non notetur: oneratur tamen existimatio ejus, & facti infamiam non effugit is, cuius bona auctioni & hastæ publicè subjiciuntur: cuius rei locupletem testem habemus Ciceronem *pro Quintio.*

TEXTUS.

2. *Idemque juris est, etsi sine libertate servus hæres institutus est. Quod nostra constitutio non solùm in domino, qui solvendo non est, sed generaliter constituit, nova humanitatis ratione: ut ex ipsa scriptura institutionis etiam libertas ei competere videatur: quum non sit verisimile, eum quem hæredem sibi elegit, si prætermiserit libertatis dationem, servum remanere voluisse, & neminem sibi hæredem fore.*

NOTÆ.

2. SINE LIBERTATE] Non libertate nominatim prohibita, sed omissa, nulla facta mentione libertatis.

NOSTRA CONSTITUTIO] *leg. pen. C. de necess. serv. hær. inst.* iunct. *pr. infra. de hær. inst.*

NOVA HUMANITATIS RATIONE] Quia etsi ex veteribus quoque iuris auctoribus quidam hoc ipsum probaverant, nunquam tamen obtinuerant, ut *d. pr. inf. de hær. inst.* Cuiac.

NON SIT VERISIMILE] Notant hic DD. eum, qui vult consequens; etiam antecedens velle intelligi, sine quo ad illud consequens perveniri non potest, *l. 2. D. de iurisd.*

COMMENTARIUS.

Sine libertate] Non libertate nominatim prohibita, sed omissa, nulla facta mentione libertatis.

Nova humanitatis ratione] Primus Justinianus generaliter constituit, ut servus à domino simpliciter hæres institutus & liber & hæres fiat, veterum quidem, sed eorum paucorum sententiam secutus, quæ idcirco antea non obtinebat, *l. pen. C. de nec. serv. hær. inst. iunct. pr. inf. de hær. inst.*

Quum non sit verisimile] Nam qui vult consequens, ut DD. hîc notant, & in *leg. 2. de iurisd.* etiam antecedens velle intelligitur, sine quo ad illud consequens perveniri non potest; eadémque ratione haud dubiè & Paulus & Atilicinus, qui-

bus jam ante hæc sententia placuit, usi sunt. Verùm hæc ratio aliis non satis idonea visa fuit, fortassis ideò, quia cùm libertas sit aliquid majus & pretiosus ipsa hæreditate, absurdum videatur per consequentiam hæreditatis datæ libertatem servo defendere, rem longè majoris momenti. Rationem enim juris non pati, ut id; quod dignius est & magis principale, à re minus digna minusque principali vires capiat, per *l. quod per manus de iur. eod.* Constitutio Justiniani ad adscriptitios, sicubi sunt, trahi potest: & sic etiam si quis homini proprio, ut vocant, feudum dederit, eo ipso & libertatem ei dedisse censet D. Tulden. *in comm. hic c. 3.*

TEXTUS.

3. *In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est; vel qui datis libertatibus desiturus est solvendo esse. Prævaluisse tamen videtur, nisi animum quoque fraudandi manumissor habuerit, non impediri libertatem, quamvis bona ejus creditoribus non sufficiant: sæpè enim de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines. Itaque tunc intelligimus impediri libertatem, cùm utroque modo fraudantur creditores, id est, & consilio manumittentis, & ipsa re, eo quod bona ejus non sunt suffectura creditoribus.*

NOTÆ.

3. IN FRAUDEM] Descriptus hic locus est ex *l. 10. D. qui & à quib. man.*

DESITURUS EST SOLVENDO ESSE] Species hæc sit. Sempronius, qui mille in bonis habebat, ac totidem debebat, servum in fraudem creditoris manumisit: quo facto 50. de bonis eius decesserunt, ut iam creditores solidum consequi nequeant. Q. an impediatur libertas. R. impediri cum Caio in *d. l. 10.*

PRÆVALUISSE] Libertas non revocatur, nisi & fraudandi consilium manumissor habuerit, & creditores reipsa fraudentur, *d. l. 10. l. 1. C. qui man. non poss.* In fideicommissaria tamen libertate solus rei eventus spectatur, *l. 4. §. 19. in fin. D. de fideic. lib. 1. ult. C. eod.*

AMPLIUS SPERANT] Quod frequenter accidit iis, qui transmarinas negotiationes, & in aliis regionibus, quàm ubi ipsi morantur, per institores exercent. *d. l. 10.*

COMMENTARIUS.

Desiturus est solvendo esse] Descriptus hic locus est ex *l. in fraudem 10. qui & à quib. man.* Nimirum quia lex Ælia Sentia simpliciter loquitur de debitore, qui solvendo non est, quæsitum est, an lex etiam ad eum pertineat, qui datis demum libertatibus desiturus est solvendo esse, & placuit pertinere, *d. l. 10.* Ratio in promptu est, quia solvendo esse nemo intelligitur, qui solidum, quod debet, solvere non potest; *l. solvendo de verb. sign.* non potest autem, qui posse desiit.

Prævaluisse] Nisi hæc duo concurrant, ut & fraudandi consilium manumissor habuerit, & creditores eventu atque re ipsa fraudentur, libertas non revocatur, *d. l. 10. l. 1. C. qui man. non poss.* quod & ipsum proculdubio ex sententia legis simpliciter loquentis acceptum est, non ratione aliqua speciali & favore libertatis, ut putat D. Wesemb. sed communi & ad revocationem ex edicto, *Quæ in fraudem creditorum* etiam pertinente, de quo dicemus ad *§. item si 6. inf. de act.* Creditoribus igitur agentibus incumbet probare, se & eventu fraudatos esse, & manumissorem animum fraudandi habuisse. Atque hic locus erit præsumptionibus, quibus fraus aut arguitur, aut abfuisse docetur: qua de re consulantur *DD. hic & in d. §. 6.* Cæterum hęc quæ diximus locũ habent in libertate directo testamento data: in fideicommissaria autem solus rei eventus spectatur, *l. 4. §. si in fraudem in fin. de fideic. lib. l. ult. C. qui man. poss.* An quia ubi res adhuc integra est, & ab alio servus manumittendus, facilius visum est impediri libertatem?

De facultatibus suis amplius sperant] Plerumque humani ingenij vitio rei modicus spei immodicus est: quod accidit frequenter his, qui transmarinas negotiationes & in aliis regionibus quàm ubi ipsi morantur, per institores exercent, *d. l. 10. qui & à quib man.* ex quo loco apparet, quod hic traditur, etiam ad libertates inter vivos datas pertinere, non ad testamentarias duntaxat, ut malè post alios Schneid.

TEXTUS

TEXTUS.

4. *Eadem lege Ælia Sentia domino minori viginti annis non aliter manumittere permittitur, quàm si vindicta apud consilium, justa causa manumissionis approbata, fuerint manumissi.*

NOTÆ.

4. DOMINO] *l.* 4. §. *ult.* & passim *D. de manum. vind.* Providere lex voluit, ne temerè & sine certò animi judicio servi libertate & civitate donarentur.

QUAM SI VINDICTA] Leg. *quam si dicta apud consilium justa causa manumissionis, approbata fuerit manumissio,* Hotom. ex auctoritate librorum veterum & Theophili.

APUD CONSILIUM] Adhibebantur in consilium Romæ 5. Senatores, & 5. Equites, in provinciis 20. recuperatores cives Rom. *Vlp. tit. 1. §. 8. Theophil. hic.* In notis D. S. C. *de consilij sentent.* Grot. *in Spars. Flor.* Exercere consilium non potest, cui mandata est jurisdictio, *l. 2. D. de off. eius cui mand. jurisd.* unde apparet magistratum non habuisse ius exercendi consilium vi suæ jurisdictionis, *argum. l. 1. pr. d. tit.*

COMMENTARIUS.

ALterum caput legis Æliæ Sentiæ fuit; *Minoribus 20. annis non aliter manumittere jus esto, quàm causa justa apud consilium approbata l. 1. de manum. l. 11. & seqq. & mand. vind.* Providere lex voluit; ne temerè & sine certò animi judicio servi libertate & civitate donarentur.

Quam si vindicta] Legendum cum D. Hotom. *Quam si dicta apud consilium justa causa manumissionis, approbata fuerit manumissio*, & ita Theoph.

TEXTUS.

5. *Justæ autem causæ manumissionis sunt; veluti si quis patrem aut matrem, filium, filiámve, aut fratres, sororésve naturales, aut pædagogum, aut nutricem, aut educatorem, aut alumnum alumnámve, aut collectaneum manumittat, aut servum procuratoris habendi gratia, aut ancillam matrimonij habendi causa: dum tamen intra sex menses in uxorem ducatur, nisi justa causa impediat: & servus, qui manumittitur procuratoris habendi gratia, non minor decem & septem annis manumittatur.*

NOTÆ.

IUSTÆ CAUSÆ] Ex *l.* 9. *l.* 11. & aliquot *seqq. de man. vind. l.* 21. *hoc tit.*

SI QUIS PATREM, &c. Finge filium, cum esset una cum parentibus naturalibus in eiusdem domini potestate, hæredem à domino institutum esse, hic filius, ut cæterarum rerum defuncti, ita & parentum suorum dominus efficitur. Justissimam autem eos manumittendi causam habet, & ita porrò.

ALUMNUM] Quod ferè in mulieribus usu venit: sed tamen in viris etiam receptum, *l.* 14. *D. de man. vind.*

PROCURATORIS] Plerique de procuratore ad negotia hunc locum accipiunt, Cujac. de procuratore ad judicia, ut & Fabrot. Bachovius de utroque, cui assentior.

MATRIMONII HABENDI] Verbum *habendi* otiosum est, & delendum, nec in aliis reperitur, ut neque in *l. 11. hoc tit.* nec in *l.* 13. *de man. vind.* nec apud Theophil.

INTRA SEX MENSES] Et exigitur prius jusjurandum, *d. l.* 13.

JUSTA CAUSA IMPEDIAT] Veluti si patronus senator fiat, *l.* 23. *D. de rit. nupt.*

DECEM ET SEPTEM] In *d. l.* 13. est *decem & octo.* Sed illic qui attigit annum XVIII. non minor XVIII. dicitur, hoc loco non minor XVII. qui implevit XVII. Cuiac.

COM-

COMMENTARIUS.

HÆc desumpta sunt ex *l. iusta 9. l. si minor.* 11. *& aliquot seqq. de man. vind. l. matrimonij 21. qui qui & à quib. man.*

Procuratoris] Arbitror in genere hanc manumissionis causam iustam fuisse, etiamsi minori 20. annis speciatim opus non esset procuratore ad iudicium, scilicet ut liber factus servus tanto commodius officium procuratoris exercere tam in iudicio, quam extra iudicium, posset. Itaque neque Cuiacio assentior, qui *lib. 22. obs.* 16. locum hunc accipit de procuratore ad iudicium tantum, (neque enim satis iusta causa videtur, ut quis ob unam fortè litem persequendam servum suum manumittat) nec DD. vulgò, qui de procuratore ad negotia duntaxat: quasi minor 25. annis alienæ litis procurator esse neutiquam possit: quod falsum est, *l. cum mandato 23. de minorib.* Sanè ad defendendum minor 25. annis procurator idoneus non est, *l. minor 51. de procur.*

Matrimonij habendi] Verbum *habendi* delendum esse, nemo, qui modò Latinè sciat, negare poterit: nec in aliis reperitur, ut neque in *l. 21. à te*, nec in *l. 13. de man. vind.* nec Theophil. agnoscit.

TEXTUS.

6. Semel autem causa adoptata, sive vera sit, sive falsa, non retractatur.

NOTÆ.

6. NON RETRACTATUR] Nam lex Ælia Sentia nō causam exigit nominatim, sed causæ dictionem *l. 9. §. 7. D. de man. vind.* Favor libertatis hoc expressit.

COMMENTARIUS.

EX *l. 9. §. 1. de mand. vind.* Ratio est, quia lex Ælia Sentia non causam exigit nominatim, sed causæ dictionem: & hoc est apud Marcian. ait in *d. l. 9. §. 1.* causæ probationi contradicendum esse, non etiam causam approbatam retractandam.

TEXTUS.

7. Quum ergo certus modus manumittendi minoribus 20. annis dominis per legem Æliam Sentiam constitutus esset, eveniebat, ut qui 14. annos expleverat, licet testamentum facere, & in eo sibi hæredem instituere, legataq; relinquere posset, tamen, si adhuc minor esset 20. annis, libertatem servo dare non posset. Quod non erat ferendum, nam cui totorum suorum bonorum in testamento dispositio data erat: quare non similiter ei, quemadmodum alias res, ita & de servis suis in ultima voluntate disponere, quemadmodum voluerit, permittimus, ut & libertatem eis possit præstare? Sed quum libertas inæstimabilis res sit, & propter hoc ante 20. ætatis annum antiquitas libertatem servo dare prohibebat: ideo nos mediam quodammodo viam eligentes, non aliter minori 20. annis libertatem in testamento dare servo suo concedimus, nisi 17. annum impleverit, & 18. attigerit. Quum enim antiquitas hujusmodi ætatis & pro aliis postulare concesserit: cur non etiam sui judicij stabilitas ita eos adjuvare credatur, ut ad libertatem dandam servis suis possint pervenire?

NOTÆ.

7. CUI TOTORUM] Argumentatur à maiori ad minus κατασκδυαστικῶς. Cui quod plus est, licet ei non debet, quod minus est, nō licere, *l. 21. de reg. iur.*

LIBERTAS INÆSTIMABILIS RES] Servum tamen libertate donare non est inæstimabile domino, & alia haud dubiè ratio legis Æliæ Sentiæ fuit; & hæc nimirum, quod servis minoribus dominis facilè blandis verbis aut aliis artibus persuadere possunt, ut se manumittant, vel pro turpis alicuius obsequii remuneratione, *fac. l. 2. C. si adv. lib. l. 16. C. de lib. caus.*

MEDIAM VIAM] Hinc inferunt posse quandoque iudicem in ambiguitate iuris vel facti rem dividere utique hoc facere solent prudentes, ubicumque est διαίρεσις, id est, perplexa quæstio *l. 7. D. ut leg. nom. cav. l. 40. D. de her. instit.* videndum tamen semper, quid suadeat ratio iuris.

NISI XVII. ANNUM] *Nov. 119. c. 2.* permittit non minus libertates, quam res cæteras, testamēto dari ea ætate, qua testamentum facere permissum est.

PRO ALIIS POSTULARE] *leg. 1. D. de postul.* Collectio tamen hæc minus bona est; Adolescens ingressus annum XVIII. postulare potest, ergo & servum suum manumittere, sunt enim hæc planè diversa.

COM-

COMMENTARIUS.

Nam cui totorum] Argumentatur à majori ad minus κατ' ἀναγκαῖον, cui quod plus est licet, ei non debet, quod minus est, non licere, *l. 21. de reg. iur.*

Quum libertas inæstimabilis res sit] Aliam rationem legis Æliæ Sentiæ fuisse existimo, nempe quod servi iunioribus dominis facilè blandis verbis aut aliis artibus persuadere possunt, ut se manumittat, *arg. §. 2. sup. eod.* vel pro turpis alicuius obsequij compensatione. Est quidem libertas res inæstimabilis, & ipsi servo οὐδὲν τιμιώτερον ἐλευθερίας: at servum libertate donare non est inæstimabile domino, cui longè plus est, posse aliquem hæredem instituere, prædiū legare, quàm servo vilissimi pretii dare libertatem: licet ipsi servo maius sit, libertatem accepisse, quàm hæreditatem aut prædium.

Ideo nos mediam viam eligentes] Hinc inferunt, posse quandoque iudicem in ambiguitate iuris vel facti rem dividere, *Cuiac. 17. obs. 21. Tessaur. decis. 19. Boër. decis. 239.* Et sanè causa anceps per mediocritatem optimè dividitur, etiam Paulo teste in *l. filio. 7. ut legat. nom. cau.* Sic cum de dominio speciei ex aliena materia factæ dissensio inter Sabinum & Proculum esset, Caius in *l. 7. §. cum quis de acq. rer. dom.* mediam sententiam secutus est, eamque probavit Iustinianus *§. cum ex aliena. inf. de rer. div.* Et Tiberius Cæsar, cum servus ejus Parthenius tanquam ingenuus hæres scriptus esset; cum substituto Parthenij hæreditatem divisit, *l. & hoc 41. de hær. inst. §. ult. inf. de vulg. subst.* Videndum tamen semper est, quid suadeat ratio juris.

Nisi 17. annum] Jure novissimo permittitur non minus libertates, quàm res alias testamento relinquere ea ætate, qua testamentum facere permissum est, masculis nimirum anno ætatis quartodecimo, fœminis duodecimo, *Nov. 119. c. 2.*

Pro alijs postulare] Veteres ætatem 17. annorum idoneam rati sunt ad prodeundum in publicum & causas agendas: atque hac ætate & paulo maiore fertur Nerva filius publicè de iure responsitasse, *l. 1. de postul.* Est autem, si liberè philosophandum est, vitiosa hæc collectio; Adolescens annum ingressus 18. pro alio postulare potest; ergo & servum suum testamentum manumittere, sunt enim hæc planè diversa. Ne pigeat in transitu discere, pueros ingenuos usque ad annum ætatis decimum sextum prætexta puerili toga usos fuisse, ingressosque annum decimum septimum puram, quæ & virilis dicitur, sumpsisse: quo ferè anno ad oratorem aliquem deducebantur, qui cùm in forum descendentes annum unum patronos audiebant; quo assiduis auscultationibus confecto, causas ipsi agere, tanquam jam informati & non omnino rudes instituebant, funebres autem orationes etiam minore multo ætate habebantur: nam Augustus annum agens duodecimum pro concione aviam Juliam defunctam laudasse traditur. *Sueton. in Aug. c. 8. add. Car. Sigon. l. 3. de iudic. cap. 18. Hotom. hic.*

TITULUS VII.

De lege Fusia Caninia tollenda.

TEXTUS.

Lege Fusia Caninia certus modus constitutus erat in servis testamento manumittendis; quam quasi libertates impedientem; & quodammodo invidam, tollendam esse censuimus: quum satis fuerat inhumanum, vivos quidem licentiam habere totam suam familiam libertate donare, nisi alia causa impediat libertatem: morientibus autem hujusmodi licentiam adimere.

NOTÆ.

LEGE FUSIA CANINIA] Lata hæc lex Augusti temporibus, ut ex Suetonio intelligimus *c. 40.* ubi & ratio legis indicatur, ne sc. concessa libera testamento manumittendi potestate, libertis & sordidis hominibus civitas Rom. contaminaretur, sustulit eam Just. *l. un. Cod. hoc tit.*

CERTUS MODUS] Certus numerus, quem in manumittendo excedere non liceret. *Vlp. tit. 1. Caj. lib. 1. tit. 2. Paul. 4. sent. 14.* Apud Vopiscum legimus Tacitum Imperatorem in testamento suo intra Caniniam mansisse.

TOTAM FAMILIAM] Theoph. πάντας τοὺς οἰκέτας, *omnes servos.* Veteres frequenter servos omnes unius domini familiam appellant, *tit. D. si fam. furt. fec. l. 2. §. 14. D. vi. bon. rapt. l. 195. §. 3. D. de verb. sign.*

ALIA CAUSA] Puta si manumissor solvendo non sit, aut minor XVII. annis.

MORIENTIBUS ADIMERE] Argumentatio κατ' ἀναγκαῖον ab actu inter vivos ad ultimam voluntatem: de quo genere argumentandi Everh. & Cantiunc. in *topic.* Non procedit, si spectamus rationem legis Fusiæ, quæ hæc est, quod facilius in testamento manumittimus, quàm inter vivos *fac. l. 4. D. ad senat. Vell.* Pac.

COMMENTARIUS.

Certus modus] Id est, certus numerus definitus erat, quem in manumittendo excedere non licebat, vid. Ulp. *tit. 1. Cajum lib. 2. tit. 1. Paul. 4. sent. 14.* Ratio legis hæc fuit, ut ex Suetonio *in Aug. c. 40.* intelligimus, ne concessa libera testamento manumittendi potestate, libertis & sordidis hominibus civitas Rom. contaminaretur.

Testamento] Cur non etiam inter vivos? nimirum quia & sine eo scopum suum lex assequitur. Nam metuendum non est, ut vivi & valentes tam profusè liberales simus, ut ea faciamus, quæ mox morituri; cum rebus nostris jam non amplius uti non posse credimus, liberalitatis laudem tum maximè venantes. Pertinet huc insignis locus apud Dionys. Halicarn. *lib. 4.* ubi scribit, *multos se vidisse, qui profusa honoris ambitione omnes servos suos testamento vel flagitiosissimos manumitterent, ut pleati funus sequerentur.* Atque hic ferè mos est legislatorum, ut ea sola prohibeant, quæ facilè fieri posse existimant, non quæ difficulter. *l. 6. in fin. ad sen. vell.* ubi hæc eadem ratio redditur, cur senatus intercessionem mulieris prohibuerit, non donationem, & videmus, quo facilius quid fieri potest, quod lex fieri non vult, eo strictius id verari: ideo enim lex Julia fundum dotalem alienari verat invita muliere, obligari etiam ea consentiente, *inf. quib. al. non lic. in pr.*

Totam familiam] Id est, ut Theoph, vertit, πάντας τὺς οἰκέτας, *omnes servos.* Servos enim unius domini familiam veteres frequenter appellant, ut in *tit. si fam furt. fec. l. 9. de jurisd. l. illud 32. in pr. ad leg. Aq. optio 13 de opt. leg. l. pronuntiatio 195. §. servitutum de verb. sign* atque in urbanam & rusticam dividunt, *l. urbana 166. eod.* Alias pleraſque huius vocis significationes habes in *d. l. pronuntiatio.*

Alia causa impediat] Puta si manumissor solvendo non sit, vel minor decem & septem annis.

Morientibus adimere] Argumentatio ab actu inter vivos ad ultimam voluntatem, eaque κατὰ ἀναλογίαν. Quatenus hæc argumentatio procedat, & contra, bene docet *D. Præses Everard. Claud. Cant. in topic. & Mynsi. hic*, certè non procedit, si legis Fusiæ spectemus rationem.

TITULUS VIII.

De his, qui sui vel alieni juris sunt.

TEXTUS.

Sequitur de jure personarum alia divisio. Nam quædam personæ sui juris sunt, quædam alieno juri subjectæ. Rursus earum, quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ sunt in potestate parentum, aliæ in potestate dominorum. Videamus itaque de his, quæ alieno juri subjectæ sunt. Nam si cognoverimus, quænam istæ personæ sunt, simul intelligemus, quæ sui juris sunt, ac prius inspiciamus de his, quæ in potestate dominorum sunt.

NOTÆ.

ALIA DIVISIO] Ex Cajo *l. 1. D. hoc tit.* Hac divisione personæ superiore divisione secretæ iterum in unum coguntur, quia de vi & effectu dominicæ potestatis adhuc erat cognoscendum.

SIMUL INTELLIGEMUS] Ratio ex hoc principio Logico petenda, *Contrariorum cognito uno cognoscitur & alterum.* Aristot. *1. topic. 24. & 2. cap 2.* Cic. *in topic. & 2. de orat.*

IN POTESTATE] Varia est huius vocis significatio, *l. 215. D. de verb sign.* hic summam significat, ἀκρογιξίαν, ut definit Theophil.

COMMENTARIUS.

Proponitur hic ex Cajo *l. 1. hoc tit.* alia personarum divisio: sed non sine vitio. Primùm quia hæc ex summa illa, quæ *sup. tit. 3.* tradita est, non deducitur; deinde quia de servis jam ante intellectum est, eos omnes esse iuris alieni, ut nihil necesse fuerit rem eandem inculcare. Rectius fecissent Compositores, si hic omissis servis, quorum omnium eadem conditio est, liberorum hominum differentias, sicuti instituerant *§. ult. d. tit. 1.* porrò persecuti essent, eosque subdivisissent in eos, qui sui, & qui alieni iuris sunt, aut potius in patresfam. & filiosfam. ut Ulpian, *l. 4. hoc tit.* Excusantur tamen, quod cùm de vi & effectu dominicæ potestatis adhuc cognoscendum erat, secretas superiore divisione personas in unum iterum coëgerint.

Simul

Simul intelligemus] Ratio ex hoc principio logico petenda; *Contrariorum cognito uno cognoscitur & alterum Arist. 1. Top. 14. & 2. c. 1. Cic. in Top. & 2. de orat.* Non quod explicata & cognita una specie generis divisi statim accuratè cognoscamus naturam speciei oppositæ; sed quod illa cognita, intelligimus cætera, quæ sub genere comprehensa sunt, ad species oppositas pertinere. Nam illud tantum in universum verum est, unum oppositum alterius cognitionem juvare in eo, quatenus oppositum est, quò pertinet illud Arist. 2. *Rhet. c. 12.* τὰ ἐναντία παράπηλα μάλιστα φαίνεται.

TEXTUS.

1. *In potestate itaque dominorum sunt servi, quæ quidem potestas juris gentium est, nam apud omnes peræquè gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitæ necisq; potestatem fuisse: & quodcunque per servum acquiritur, id domino acquiri.*

NOTÆ.

1. APUD OMNES GENTES] Sic & Cajus in *d. l. 1. §. 1. hoc tit.* Cæterum hoc de majore parte accipiendum, non de omnibus, & de eo, quod impunè in servos sit ex rigore juris gentium. Apud multos autem populos summum illud jus vitæ & necis in servos usurpatum non fuisse testantur historiæ, vid. Bodin. 1. *de Repub. 5.* Grot. 3 *de iur. bell & pac. 14.*

DOMINO ACQUIRI] Hoc rationi juris gentium cõvenit, & nihil admodum habet iniquitatis: quoniam dominus ad alimenta servo præstanda obligatus est. De hoc jure plenius infra sub *tit. per quas pers. cuiq. acq. §. 3.*

COMMENTARIUS.

1. *Jus vitæ & necis neque omnes gentes usurpasse, neque justum internè licere servum occidere.*

EX quo jure servitus est, ex eodem & dominorum in servos potestatem esse, nemo est qui ambigat. Cæterum quod hic ex Cajo *l. 1. §. 1. hoc tit.* Justinianus refert, apud omnes gentes summum illud jus vitæ & necis in servos usurpatum fuisse, de majore parte accipiendum est de quo, quod impunè in servos sit ex rigore juris gentium. Nam apud multos populos jus hoc usurpatũ non fuisse, sed servos humaniter tractatos, ut apud Parthos, Germanos, Hispanos, ipsosque adeo Græcos, testes sunt *Iustin. lib. 4. Tacit. de morib. Germ. Atheneus lib. 6. Bodin. 1. de repub. 5.* Et agnoscunt omnes, multum distare id, quod impunè in servum fit ex gentium jure, & id quod naturalis ratio fieri sinit. *Cùm in servum*, inquit Seneca 1. *de Clem. 18. omnia liceant, est aliquid, quod in hominem licere commune jus vetet.* Et paulò antè; *In mancipio*, ait, *cogitandum, non quantum illud impunè pati possit, sed quantum tibi permittat æqui bonique natura, quæ parcere etiam captivis & pretio paratis jubet.* Et verò si natura inter omnes homines cognationem quandam constituit; *l. 3. de iust. & iur.* consequens est, hominem in hominem sævire, nefas esse: ac proinde alienum ab omni humanitate, quamvis servum, hominem tamen occidere, aut crudeliter tractare. Apostoli dictum est; *Domini, jus & quod æquum est, servis præstare gnari, vobis quoque dominum esse in cœlo. ad Coloss. 4. vers 1.*

Quodcunque per servum acquiritur] Hoc ut rationi juris gentium convenit (nam qui in aliena non tantum potestate, sed etiam dominio est, nihil proprium habere potest, de quo plenius *in §. item vobis, inf. per quas pers. cuiq. acq.*) ita nihil admodum iniquitatis habet; quoniam dominus vicissim ad alimenta servo præstanda obligatus est.

TEXTUS.

1. *Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio nostro sunt, licet sine causa legibus cognita in servos suos supra modum sævire. Nam ex constitutione Divi Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri jubetur, quàm si alienum servum occiderit. Sed & major asperitas dominorũ ejusdem Principis constitutione coërcetur. Nam Antoninus consultus à quibusdam Præsidibus provinciarum de his servis, qui ad ædem sacram, vel statuam Principum confugiunt, præcepit, ut, si intolerabilis videatur sævitia dominorum, cogantur servos suos bonis conditionibus vendere, ut pretium dominis daretur, & rectè: expedit enim reipublicæ, ne sua re quis malè utatur. Cujus rescripti ad Ælium Martianum missi verba sunt hæc*: Dominorum quidem potestatem in servos illibatam esse oportet, nec cuiquam hominum jus suum detrahi. Sed & dominorum interest,

ne auxilium contra sævitiam, vel famem, vel intolerabilem injuriam denegetur ijs, qui justè deprecantur. Ideoque cognosce de querelis eorum, qui ex familia Junij Sabini ad sacram statuam confugerunt, &, si vel durius habitos, quàm æquum est, vel infami injuria affectos esse cognoveris, venire jube, ita ut in potestatem domini non revertantur. Quod si meæ constitutioni fraudem fecerit, sciat me hoc admissum adversus se severius executurum.

NOTÆ.

1. SINE CAUSA] Nam ex causa licet, puta si servum in facinore deprehenderit, in quo repertum etiam liberum hominem occidere fas sit. Descripta hæc partim ex *l.* 1. §. 2. partim ex *l.* 2. *D. hoc tit.*

NON MINUS PUNIRI] Hoc significat, qui servum suum sine causa occidit, tam reum esse homicidij, quàm si alienum occidisset, & teneri publico judicio legis Corneliæ de sicariis: neque enim privato judicio legis Aquiliæ locus est, ubi sibi quis damnum infert.

MAIOR ASPERITAS] Modica tantum castigatio dominis permittitur, *l. un. C. de emend. serv.* adhibenda tamen etiam circa minores pœnas clementia, juxta illud in constitutionibus Clementis Romani, ἐκ ἐπιτάξεως δέλφου ἢ παιδίσκη, οὐ πικρία ψυχῆς. Grot. *ubi sup.*

ÆDEM SACRAM] Fana ethnicis pro asylis erant. Plaut. *Rudent. Virgines duæ Veneris fano sese adversus lenonis vim tuentur.* Tac. 3. *annal. Complebantur templa pessimis servitiorum, &c.* Sublato Paganismo idem jus ἀσυλίας templis Christianorum tributum, *tit. C. de his qui ad Eccles. confug. Nov.* 17. Hæc verba. *ad eadem sacram* non sunt apud Ulp. Rufini *tit.* 3. nec in *d. l.* 2. *hoc tit.* nec Theophilus habet.

STATUAM PRINCIPUM] Statuæ quoque Principum his, qui ad eas confugissent, asyla fuerunt *l. un. C. de his qui ad stat. princ.* Judæorum populo sex civitates constitutæ erant, quo tuto confugerent, qui ἀκουσίως sanguinem effudissent. *Num.* 35. *Deut.* 19. *Ios.* 20.

BONIS CONDITIONIBUS] Justo pretio, ut in *l.* 12. *D. de relig.* Et ne dominus infensus duriores conditiones adjiciat, veluti ut ne manumittantur, ut tanquam fugitivi in vinculis habeantur. Th. & *l.* 25. *D. de statu lib.*

EXPEDIT REIP.] Hæc sententia est apud Sopatrum. Potest quis etiam abuti re sua, *l.* 25. §. 11. *D. hær. pet.* sed tamen providendum, ne privati fortunis suis abutendo noceant publico.

JUS SUUM DETRAHI] Ne à Principe quidem cuiquam ius suum sine causa detrahi debet. vid. Hotom. *illustr. quæst.* 1.

DOMINORUM INTEREST] Alia ratio decidendi. Si servi nullum sibi contra dominorum sævitiam auxilium paratum esse sciant, aut manus sibi afferent, aut in perniciem domini aliquid molientur.

SEVERIUS EXECUTURUM] Pro qualitate scil. delicti extra ordinem in ipsum animadversurum. Nam certa pœna hic definita non est. Wes.

COMMENTARIUS.

1. *Etiam circa minores pœnas in servos oportere adhiberi æquitatem.*
2. *Sicarijs, adulteris, raptoribus, & similium criminum reis, ius asyli dandum non esse.*
3. *Potestatem quam dominus in re sua habet, lege civili posse restringi.*

REfert hic Justinianus ex Cajo & Ulpiano *l.* 1. *& l.* 2. *hoc tit.* Antoninum Pium modum posuisse potestati dominicæ, qua plerique immoderatè utebantur: quæ huius potestatis moderatio ad jus naturæ sive internam justitiam jus illius exterius retraxit.

Sine causa] Nam ex causa licet; puta si servum in facinore deprehenderit, in quo repertum etiam liberum occidere ius sit.

Non minus puniri iubetur] Hoc est, publico iudicio legis Corneliæ de sicariis non minus obnoxius est & reus homicidij, quàm si alienum servum occidisset: nam lex Cornelia non distinguit, quis homo occisus sit, *l.* 1. §. 2. *ad l. Cor. de sic.* Utique privatum Aquiliæ iudicium locum habere non potest, cùm quis sibi damnum, non alii infert.

Major asperitas] Modica autem castigatio dominis permittitur, *l. un. C. de emend. serv.* & tamen etiam circa pœnas minores, puta verbera, in servos adhibenda est æquitas, imò & clementia. In constitutionibus, quæ Clementi Romano adscribuntur, legimus, ἐκ ἐπιτάξεως δέλῳ σε ἢ παιδίσκη ἐν πικρίᾳ ψυχῆς. *Non opprimes servum, non dominaberis ei durè*, ait lex divina de servo hebræo *Deut.* 15. quod nunc prolata vi proximitatis ad omnes servos debet extendi. Et Apostolus *ad Eph.* 6. dominis imperat, *ne cum servis minaciter agant*, eo argumento, *quod & ipsi dominũ in cœlis habeant, qui ad talia qualitatum discrimina non attendat.* Sed & operæ cũ modo exigendæ sunt, & valetudinis servorum humanè habenda ratio; quod ipsum præter alia spectat lex divina in Sabbati institutione, nimirũ ut laboribus aliquod daretur spiramentum. C Plin. *lib.* 5. *epist.* 19. sic ad Paulinum scribit. *Video quàm molliter tuos habeas,*

habeas, quo simplicius confitebor tibi, qua indulgentia meos tractem. Est mihi semper in animo Homericum illud, πατὴρ ὡς ἤπιος ἦεν. & hoc nostrũ *paterfamilias.* In qua voce & Seneca veterum humanitatem observat; *Ne illud quidem videtis,* inquit, *quam omnem invidiam maiores nostri dominis, omnem contumeliam servis detraxerint. Dominum patremfamilia appellaverunt; servos familiares, epist.* 47. Plura huiusmodi habet Grot. *lib.* 3. *de iur. bel. & pac. c.* 14.

Ad aedem sacram] Ad fana seu templa Deorum quo confugientes aras & signa Deorum amplecti solebant *Plaut. Mostel. act.* 5. *scen.* 1. *& Rudent. act.* 2. *scen.* 7 *Virg.* 2. *Æneid.* eodemq; & obærati adversus creditores, suspectique criminum capitalium receptabantur, *Tacit.* 3. *annal.* & quia ab his locis neminem eripere fas erat, ideò ἄσυλα dicta sunt. Sublato paganismo Impp. Christiani idem jus etiam templis Christianorum tribuerunt, *tit. C. de his qui* 2 *ad Eccl. conf.* sed levioris tantùm delicti suspectos recipi voluerunt, non sicarios, adulteros, raptores, aut similium criminum reos; neque τοὺς ἀδικεῖν ἀλλὰ τοῖς ἀδικεῖσθαι jus asyli dari. *Nov.* 17. *c.* 7. *Nov.* 37. convenienter legi Divinæ, quæ jubet homicidam ab altari abstrahi, atq; iis solùm asyliam dari, qui ἀκουσίως sanguinem effuderint. *Exod. c.* 21. *vers.* 13. *& seq. Num.* 35. *vers.* 11. *Ios. c.* 20. *vers.* 3. Cui etiam convenit quod Thucydides *lib.* 4. scribit, τὸν ἀκουσίων ἁμαρτημάτων καταφυγὴν εἶναι τὸν βωμόν. Jure autem canonico, remotis solis nocturnis populatoribus agrorum & publicis latronibus, cæteri cuiuscumq; facinoris rei immunitate Ecclesiarum gaudent, *c. inter alia, & c. fin. de immun. Eccles.* Quam Pontificũ sanctionem non immeritò jam olim improbavit Ferrar. *in forma inquis. in pr. n.* 31. ubi scribit hæc jura canonica facta esse sine ratione ad beneplacitum, imò contra jus divinum, quo cautum est; *Domus mea domus orationis vocabitur: vos autem fecistis eam speluncam latronum,* &c. In Colonien. editione an. 1590. hæc & similia Cyni, quæ eodem loco citat Ferrarien. consulto expunxit censor.

Ad statuam Principum] Statuæ etiam Principum his qui ad eas confugissent, asyla fuere, *l.* 1. §. 1. *de offic. praef. urb. l. un. C. de his qui ad stat. princ. conf.* quæ statuarum veneratio sanè antiqua est. Meminit Livius lib. 13. statuæ Ptolomæi regis apud Cyrenas, ad quam cùm quidam Decius Magius Campanus, qui à Pœnis vinctus Carthaginem ducebatur, confugisset, manus hostium evaserit. Plura de statuis & imaginibus Principum vide apud *Brisson.* 4 *antiq.* 11.

Cogantur servos suos] Apud Græcos quoque servis durius habitis licebat πρᾶσιν αἰτεῖν, ad venditionem proclamare, test. Plutarch. ἐπὶ δεισιδαιμ. aut certa pecunia se redimere, ut ex Plauti Casina discimus, quæ Comœdia Attica est. Simile exemplum extat in *l. ult. si à par. quis man.* de parte, qui filium, quem contra pietatem malè afficiebat, manumittere cogitur.

Bonis conditionibus] Justo pretio: item ne gravis conditio venditioni à domino servis infensiore apponatur; veluti, ut ne manumittantur, ut Italia exportentur, in vinculis semper habeantur. Theoph.

Vendere] Nemo rem suam vendere cogitur, *l. invitum. C. De contr. empt.* ac ne justo quidem pretio, *l.* 9. *de act. rer. am.* nisi id exigat utilitas publica, quæ huius regulæ generalis est exceptio. Causæ impulsivæ variæ esse possunt, veluti ut tempore famis & annonæ caritatis cogantur divites & maximè negotiatores frumentũ atque alia edulia justo pretio vendere, *per l.* 1. §. *carius de off. praef. urb. l. annonam de extraord. crim.* In servis hic est justa deprecatio auxilii contra sævitiam dominorum. Est & favor libertatis, §. *ult. inf. de donat.* Sed & favore religionis idem receptum, ut in specie, *l.* 12. *in fin. de religios.*

Pretium dominis daretur] Observandum etiam tunc, cùm quis ex justa causa rem suam alienare cogitur, pretium ei reddendum esse.

Expedit enim reipub.] Est quidem unusquisque 3 rei suæ moderator & arbiter, *l. in re mandata, C. mand.* in tantum ut ea etiam abuti possit, *l. sed etsi* 25. § *consuluit, de her. pet.* Cæterùm interest reipub. huic arbitrio modum à lege præscribi, ne privati fortunis suis abutendo publico noceant. Accedit hic conditio personæ, quæ licèt fortunâ servus, homo tamen est, & iure naturæ domino æqualis. Nimirum Reip. institutio id secum fert ut dominium quoddam habeat superius singulorum dominio ad necessitates, aut utilitates publicas, quod Grotius *lib.* 2. *de iur. bell. & pac. c.* 2. *in flor. sparsi. ad l. Barbeyrius de off. Praet.* appellat dominium eminens, & in hanc sententiam egregiè disputat Plato *lib.* 11. *de legib.* Hinc est, quod Princeps etiam de bonis subditorum disponere potest dirigendo eorum usum ad publicam seu communem utilitatem. Qua de causa etiam persæpè potestas, quam quisque dominus in re sua habet, lege civili restringitur ac terminatur.

Nec cuiquam hominum ius suum detrahi] Ratio dubitandi in hoc rescripto. Unde intelligimus, ne à Principe quidem posse cuiquam ius suum sine causa detrahi, de quo vid. Horom. *illustr. quæst. c.* 1.

Sed & dominorum interest] Alia decidendi ratio præter eam, quæ suprà posita est, ad ipsos dominos pertinens; ne videlicet servi, si nullum sibi contra sævitiam auxilium paratum esse sciant, aut aufugiant, aut manus sibi afferant, aut in perniciem dominorum aliquid machinentur. Cæterum ex

ijs, quæ suprà disputavimus, abundè liquet, opus non esse, ut causa coërcendæ dominicæ potestatis, summo gentium iure concessæ, aliundè petatur, quàm ex eo, quod ratio naturalis fieri finit, à qua longè abit absoluta illa & infinita potestas, quam pleræque gentes & cum his Romani usurparunt.

Severius executurum] Nimirum pro qualitate delicti & fraudis admissæ extra ordinem puniturum, nam certa pœna hic definita non est.

TITULUS IX.

De Patria Potestate.

Continuatio & Argumentum Tituli.

SEQUITUR pars altera divisionis initio superioris tituli traditæ, ad eos pertinens, qui sunt in potestate patria. Potestas hæc tribus modis constituitur; justis nuptiis, legitimatione, adoptione. Nuptiæ naturalem huius potestatis causam continent; ideoque de hoc modo primo loco quæritur: docetur que hoc titulo, quid sint nuptiæ, cuius juris sit patria potestas, qui quos in potestate habeant. De effectis huius potestatis, quod Justinianus omisit, nonnihil nos dicemus in exegesi, §. 2. *h. tit.*

TEXTUS.

In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptijs procreavimus.

NOTÆ.

IN POTESTATE NOSTRA] Ex Ulpian. in *l.* 3. *D. de his qui sui vel alij jur.*

JUSTIS NUPTIIS] Nam ex iniusta conjunctione nati in potestate patris non sunt, *l.* 23. *& seq. D. de stat. hom. §. pen. infr. tit. seq.* Denique in hoc negotio is solus pater habetur, quem nuptiæ demonstrant, *l.* 5. *D. de in jus voc.* In notis I. N. Q. *justis nuptijs quæsitus.* Grot.

COMMENTARIUS.

EX *iustis nuptijs*] Nam & nuper diximus, liberi ex iniusto matrimonio nati in potestate patris non sunt, *l.* 11. *de stat. hom.* adeoque nec patrem jure civili habere intelliguntur, sicut nec vulgo concepti, *§. pen. seq tit.* Lege quidem naturæ matris conditionem sequuntur, ut scribit Jurisconsultus in *l. lex naturæ, d. tit.* sed cùm fœminæ liberos in potestate non habeant, *§. fœmina, inf. de adopt.* sequitur eos nec in potestate avi materni esse.

TEXTUS.

1. *Nuptiæ autem, sive matrimonium, est viri & mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens.*

NOTÆ.

1. NUPTIÆ] Sic dictæ à nubendo, quod olim novæ nuptæ pudoris ergo caput obnubere flammeo solebant. *Fest. Non. & alij.*

NUPTIÆ SIVE MATRIMONIUM]Promiscuè ferè hæc vocabula usurpatur; sæpè tamen nuptias cùm dicimus, intelligimus celebritatem nuptialis diei, *l pen §. 1. D. de don. int. vir. & ux. l* 24. *D. de nupt.* & ita quoq; γάμος accipitur apud Joan. Evang. *c.* 2.

VIRI ET MULIERIS] ἑνικῶς, ad excludendam polygamiam, id est, nuptias cum pluribus uxoribus eodem tempore contractas: successivè autem plures uxores habere, id est, soluto per mortem matrimonio, aliam ducere prohibitum non est.

CONJUNCTIO]Consensu suscepta, nuptias enim non concubitus, sed consensus facit, *l* 30. *de reg. jur. l.* 15. *D. de con- & dem.*

INDIVIDUAM. &c.]Modest. *l.* 1. *D. de vit. nupt.* Consortiũ omnis vitæ, quo significatur non tantùm domestica societas, sed etiam indivisus & promiscuus rerum omnium inter conjuges usus, rerum & corporum communicatio. Duar. *c.* 1. *de nupt.* Vera tamen inter conjuges non est bonorum societas.

CONTINENS]Nempe voto & proposito contrahentium: nam eventus non semper respondet.

COMMENTARIUS.

1. *Ad perficiendas nuptias præter legitimum contrahentium consensum nihil desiderari.*
2. *Non licet plures uxores eodem tempore habere.*
3. *Quo sensu nuptiæ dicantur individua consuetudo, & quæ gentes in ea perpetuo perstiterint.*
4. *Quid vitæ consuetudine significetur.*
5. *De sponsalibus quadam notatu digna.*

NUPTIÆ *sive matrimonium*] Promiscuè ferè hæc vocabula (*nuptiæ & matrimonium*) usurpantur. Sæpè tamen nuptias cùm dicimus, intelligimus festivitatem & celebritatem nuptialis diei, ut in *l. pen, de donat. int. vir. & ux. l. sancimus, C.*

de nupt. sicut & apud Græcos γάμος accipitur, *Ioan. c. 2.* Illud tralatitium est, nuptias à *nubendo* dictas esse, eo quod olim novæ nuptæ pudoris ergo caput obnubere flammeo solebant, idque Festus, Nonius & alii complures notant, Seneca in *Octavia*, de Poppæa Neroni nubente;

Velata summum flammeo tenui caput.

Conjunctio] Hoc generis loco ponitur: & simul causam efficientem denotat, nempe consensum, qui ut rerum, ita & vitæ societatem efficit. Est quidem principalis matrimonii finis sobolis procreatio, quam sine corporum conjunctione habere non possumus; unde etiam inter eas personas, quæ ad eam rem inhabiles sunt, nuptiæ non consistunt, *l. si serva. 39 §. 1. de jur. dot.* sed ad vinculum matrimonij consensu stabilitum nihil adjicit, juxta tritum illud, *Nuptias non concubitus, sed consensus facit, l pen. de don. int. vir. & ux. l. 15. de cond. & dem. l. nuptias 30. de reg iur.* Sunt qui ad implendas nuptias jure Romano necessariam fuisse existimant solemnem illam deductionem mulieris in domum mariti, quæ veteribus usurpata fuit, aut nuptiarum festivitatem, per *l. 5. de rit. nupt. l. 15. de cond. & dem l. 6. C. de don. ante nupt. l. sancimus 24. C. de nupt.* Sed verius est, neutrū eorum ut necessarium desiderari, ut intelligere licet ex responso Scævolæ *l pen de don. int. vir. & ux.* & rescripto Theodosij *l. si donation. 22. C. de nupt.* nec admodum difficile est ad superiores locos respondere. Nam in *l. 5. de rit. nupt.* Jurisconsultus non docet, quomodo nuptiæ contrahantur, sed rationem ac formam tantùm deductionis demonstrat. Quod autem Ulpian. in *l. 15. de cond. & dem.* ait, conditionem nuptiarum tunc impletam esse, cùm uxor ducta est, & Justinian. *l sancimus C. de nupt.* conditionem nuptiarum non aliter impleri, quàm si ipsa nuptiarum accedat festivitas: ex mente extraneorum sumptum est, qui cùm nuptias alicuius futuras nominant, ad solemnitatem & celebritatem nuptiarum cogitationem referre solent. Sed & in re ambigua hoc ritu consensus declaratur, & nuptiæ ex deductione aut festivitate intelliguntur perfectæ, quod tantùm ostendere voluit *Imp. in d. l. 6 C. de donat. ante nupt.* Qui priscorum ritus in nuptiis adhiberi solitos nosse cupit, legat Brisson. *lib. singul. de rit. nupt.*

Viri & mulieris] Nam duorum eiusdem sexus coniunctio detestanda est, & lege Dei, lege naturæ, legibus omnium gentium damnata. Ait, *mulieris*, σύνευς, ad excludendam polygamiam, id est, nuptias cum pluribus uxoribus eodem tempore contractas: nam successivè plures uxores habere, aut quod idem est, matrimonio per mortem alterius soluto, aliam ducere, prohibitum non est: quod tamen & ipsum species est πολυγαμίας. Igitur apud Romanos vetitum fuit, plures uxores eodem tempore habere; quod & aliarum quoque gentium moribus improbatum fuisse ostendimus *tit. seq. §. affinitatis*: idque divinæ simul ac naturali legi convenienter, quod ego paucis, sed firmis rationibus confirmabo. Legi divinæ primæque institutioni matrimonij contrariam esse polygamiam evincitur primùm ex loco *Matth. 19. 8.* Nam argumentum, quod ibi Christus utitur adversus divortium, *ab initio autem ita non fuit*, nullas vires habet, nisi hanc maiorem præsupponat; Ita in matrimonio se res habere debet, quemadmodum in principio fuit. Assume jam; Atqui initio duo tantùm coniuncti fuerunt in carnem unam, *Genes. 2. sub fin.* Ergo lege institutionis matrimonij duo tantùm, id est, mas cum fœmina una coniungi debet. Eadem planè ratione & ex prima coniugij institutione licentiam polygamiæ damnat Malachias *cap. 2. vers. 14. & seq.* ut benè ostendit vir doctissimus collega noster D. Joann. Cocceius in δωδεκαφ. Præterea *Levit. 18. 18.* polygamia expressè prohibetur, quod summi Theologi & Hebrææ linguæ peritissimi Junius & Tremellius firmissimis rationibus demonstrant, locum ex phrasi Hebræa ita vertentes: *Mulierem unam ad alteram ne assumito.* Tertiò cùm cæremonialia præcepta in novo Testamento abrogata fuerint, quæcunque Apostoli præcepta tradiderè, moralia esse constat, cùm in politia, tum in œconomia, & à singulis observanda. Atqui *1. Cor. 7. 2.* monogamia præcipitur iis, qui matrimonium expetunt: non potest enim, quod vult Apostolus, unaquæque mulier suum proprium virum habere, si communem cum aliis in polygamia habeat. Quod autem morale est, id à singulis observandum, & perpetui juris est, adeoque & in veteri Testamento obtinuit. Denique videmus primam institutionem conjugii sic exponi à Christo & Apostolo, ut duo solummodo in unam carnem coalescere censeantur, *Matth. 19. 5. & 2. Cor. 6. 16.* nec ante Lamechum Cainici generis hominem quenquam legimus plures simul uxores duxisse: ex quo intelligimus polygamiam sicut & reliquas corruptelas paulatim irrepsisse. Quorsum enim alias in Lamecho expressè notasset Moses? *Genes. 4. vers. 19.* Sed & communis ratio polygamiam damnat, primùm quia mutuum conjugum amorem, quem singulares nuptiæ fovent, dividit: deinde quia fidem violat, qua alter alteri sese perpetua consuetudinis vitæ obligatione tradit, & corpus suum mancipat: unde meritò Christus pronuntiat eum mœchari, qui vinculo prioris

ris matrimonii non soluto aliam uxorem ducit, *Matth. 19. 9.* Postremò & ratio societatis exigit, ut quemadmodum uxor uni viro, ita vicissim vir uni uxori obstringatur & adhæreat, ut disputat Grot. 1. *manud. 3.* quanquam alio abit *lib. 2. de iur. bell. c. 5.* Quamobrem concludendum est non licere plures uxores eodem tempore habere; ac proinde patrum exempla, quos plures uxores habuisse legimus, nobis imitanda non esse: quoniam polygamiam illorũ Deus non approbavit, sed toleravit duntaxat, aut indulsit, non lasciviendi, sed gignendæ piæ sobolis gratia, propter promissionem de multiplicatione seminis; sicut & in aliis quibusdam connivit, quæ cum prima conjugii institutione, ad quam ea Christus revocat, non conveniunt, *Matth. 5. 32. & 19. 3. & seqq. Marci 10. 4 Luc. 16. 18.* Peccaverunt nimirum in hoc & ipsi patres, quanquam errore, potius judicij, non satis erudita conscientia, quàm aperta improbitate, cùm exemplorum multitudo effecisset, ut peccatum quandam rei indifferentis speciem induisset; quod Deus benignè eis condonavit. Atq; hæc etiam sententia est Innocentii tertij in *c. gaudemus, x. de divort.* & communis Pontificiorum, Covar. *de matrim. p. 2. c. 7. §. 3.* ubi ait, etsi plures uxores habere propriè non adversetur legi naturæ, id est primis juris naturæ principiis; contrarium tamen esse legi quasi naturali, hoc est, conclusionibus è primis eiusdem juris principiis deductis: deque hac lege solum Deum dispensare posse, & ita etiam *D. Thom. in 4. sent quæst. 33. art. 2.*

3 *Individuam*] Verbum hoc, *individuum*, duobus modis accipitur: uno modo pro eo, quod commune adhuc est atque indivisum, quo sensu individua hæreditas dicitur à Modestino *l. sine 32. §. Lucius de adm. tut.* & à Paulo individuum curæ officium, *l. Lucius 46. §. 1. eod.* altero modo pro eo; quod dividi non potest, ut cùm servitutes, obligationes, stipulationes individuas dicimus. Atque utraq; significatio huic loco convenit: prima quidem simpliciter, ut ex iis, quæ mox dicemus, patebit: altera secundùm quid, videlicet respectu aliarum conjunctionum & societatum, quæ facilè dividi, hoc est, separari, & pro arbitrio unius dissolvi possunt. Neq; enim nuptiis passim renuntiare licet; adeoq; Impp. Christiani non nisi ex gravissimis causis divortia admittunt, *l. 8, C. de repud. Nov. 117. c. 8. & 9.* Dici etiam potest conjugale vinculum ex proposito & voto contrahentium perpetuum atq; individuum esse, licèt ex accidenti aliquando cõtingat separatio, quod in definitione considerandum non fuit. Quod si hæc res ad primã matrimonij institutionem, & ad eam, quam hic Deus sibi partem vindicat, exigatur; multò justius hæc conjunctio dicetur individua. Nam ut Christus nos docet, initio conjugium sic à Deo institutũ est, ut indissolubile esset. Et Deus interveniens personas coniungit. Quod autem Deus coniungit homo separare non debet, *Matth. 19.* quo etiam loco, *& Matth. 5.* prohibentur omnia divortia, præterquã quæ ex causa adulterij fiunt. In illa autem quam dixi, perpetua atque individua vitæ consuetudine Germanos perstitisse scribit Tacitus *de morib. Germ.* Apud Romanos quoque à condita urbe usq; ad annum 520. nullum inter virum & uxorem divortium intercessisse, testes sunt *Dionys. Halic. l. 2. Val. Max. l. 2. c. 1. Gell. l. 4. c. 3.* Primus Sp. Carvilius Romæ uxorem sterilitatis causa dimisit, ut ijdem testantur. Procedente tempore divortia passim & sine ulla causæ redditione permissa, sed viris duntaxat, ut arguit locus Plauti *in Mercat. act. 4 scen. 6.* Tandem etiam uxoribus, ut constat ex *tit. de divort. & repud.* Juvenalis *sat. 6.* notat mulierem, quæ crebrò divertendo intra quinquennium octies viros permutaverat.

Individuam vitæ consuetudinem continens] Adjunctum proprium atque ex parte finis. His autem verbis existimo Justinianũ significare non tantùm domesticam societatem & conversationem, sed etiam rerum quandã communionem & indivisum rerum omnium inter conjuges usum, in summa rerum & corporum communicatione, *συνδιαίτου & συνηθείας κοίτης.* Atque hanc interpretationem adjuvat Modestinus *l. 1. de rit. nupt.* cùm ait; Nuptiæ sunt conjunctio maris & fœminæ, *consortium omnis vitæ, divini & humani juris communicat.* Nulla enim res est, sive divini, sive humani juris, quam coniux cum conjuge non communicet, cuiusq; inter eos, salva honestate cõiugii, promiscuus usus esse non debeat. Unde Gordianus Imp. uxorem dicit suscipi *sociam divinæ & humanæ domus, l. 4. C. de crim. exp. har.* Quanquam fortasse Modestinus & Gordianus, cùm ita loquuntur, aliò respiciunt, nempe ad sacra paganorum, quæ domi sibi quisq; & familiæ suæ habebat, quorum uxor fiebat socia. Meminit horum sacrorum *Cic. 2. de legib. Plaut. in Captiv. Plin. in Paneg. ad. Duar. in tit. solut. matrim. de nupt.* Malè nonnulli hæc definitionis verba referunt ad communionem bonorum: nam vera bonorum societas qualis in his regionibus, inter virum & uxorem nulla est, neque jure civili, neque jure canonico, *Peck. de test. conj. 2. c. 1. Covar. de matr. p. 2. c. 7. §. 1. Chassan. de consuetud. Burgund. rubr 4. n. 4. & 16.* 4

Nuptias honestatis causa præcedere solent sponsalia, ita dicta à spondendo; quia moris fuit veteribus stipulari & spondere sibi uxores futuras, *l. 2. de sponsal. Gell. lib. 4. c. 4.* unde etiam sponsi sponsæque appellatio nata est, *l. 3. eod.* Sunt autem 5

sponsalia,

sponsalia, ut Florentinus definit, mentio & repromissio futurarum nuptiarum, *l. 1. eod.* Ait, *futurarum nuptiarum*: siquidem unum tantum genus est sponsaliorum, mutua scilicet promissio de futuris nuptiis: quamvis enim jus Canonicum duo genera constituat, unum eorum, quæ de futuro appellant, alterum, quæ de præsenti; *c. pen. & ult. x. eod.* hanc tamen distinctionem auctores juris civilis non agnoscunt, quibus sponsalia de præsenti sunt ipsum matrimonium jam mutuo consensu contractum, *l. nuptias* 30. *de reg. jur.* Sed neque juris canonici interpp. per sponsalia de præsenti, quæ vocant, negant contrahi matrimonium: sed tantùm respectu matrimonij per conjunctionem corporum consummati, hæc etiam sponsalia ab ijs dicuntur, *Panor. d. c. pen. n. 2. Covar. de sponsal. p. 1. c. 1. n. 6. & in omnis rex c. cum intimetur c. coniuges, c. coniugium, cap.* 27. *q.* 2. sponsus & sponsa de præsenti vocantur vir & uxor, ita tamen ut post copulam hæc sponsalia de præsenti indissolubilia sint quacunque potestate quoad vinculum: si verò conjunctio corporum nondum intervenerit, dissolvi possint Religionis monasticæ professione, *cap.* 2. *& 7. de convers. coniug.* Nostrates quoque uxorem ab sponsa hoc solo distinguunt, quod uxor post nuptialem benedictionem & conjunctionem thori dicatur, antea appelletur sponsa. Sponsaliorum de futuro hic effectus erat jure canonum, quod in matrimonium transirent per subsequentem corporum commixtionem inter sponsum & sponsam, *c. veniens* 15. *cap. is qui fidem* 30. *x. de sponsal.* quamvis canones isti decreto Concilij Tridentini abrogati sint, *sess.* 24. *c.* 1. *§. qui aliter, de reform. matr.*

TEXTUS.

2. *Ius autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum: nulli enim alij sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.*

NOTÆ.

2. PROPRIUM CIVIUM ROM.] Lege Romuli primum introductum, repetitum postea & confirmatum à Decemviris. Dionys. Halic. *lib.* 2.

TALEM POTESTATEM] Significat etiam alias gentes habere in liberos potestatem, sed dissimilem, nempe patria potestas indefinitè considerata originem ex jure naturæ trahit. Plin. *in panegyr. Vis & lex naturæ semper in ditione parentum esse liberos iussit*, ut etiam disputat Arist. 1. *polit.* 8.

QUALEM NOS] Immensam & planè δεσποτικὴν, quæ continebat jus vitæ & necis, vid. Halic. *ubi sup. l.* 11. *D. de lib. & posthum. l. ult. C. hoc tit.* Sigon. *lib.* 1. *de iur. ant. civ. Rom.* 10. quam alij ut tyrannicam repudiant, teste Simplic. *ad Epicteti Enchirid.* Simile patrium jus apud Persas, ut tyrannicum, accusat Aristot. 8. *Nicomach. c.* 12. Et procedente tempore etiam apud Romanos jura patriæ potestatis multum imminuta.

COMMENTARIUS.

1 *Quo sensu patria potestas dicatur propria civium Rom.*

2 *Ius patriæ potestatis par herili initio fuisse, sed sensim multis modis imminutum.*

CErtum est, Iustinianum hoc loco distinguere voluisse patriam potestatem à dominica, idque à causa efficiente. Nam §. 1. *præced. tit.* dominicam dixit esse juris gentium, hic patriam dicit esse propriam civium Rom. sive juris civilis. Videamus, quàm rectè Iuris civilis esse dicuntur non solùm, quæ sunt juris merè positivi, sed etiam ea, quæ mixti juris sunt, & secundùm quid tantùm civilis; quatenus scilicet cùm alioqui originem ex jure naturæ aut gentium habeant, lex civilis certam eis formam dedit, noviſque qualitatibus indura civium ea propria fecit, exclusis ab eorum communione peregrinis: quod pluribus docemus, & exemplis declaramus, §. 1. *sup. de jur. nat. gen.* Inter ea quæ mixti juris sunt, numeranda & patria potestas: nam origo ejus non ex alio jure, quàm ex quo matrimonium, quæ prima & antiquissima paterni imperij causa est, nimirum marito, ut capiti familiæ, naturæ lege atque ordine competit imperium in omnem familiam, in uxorem, in liberos, in servos; quamvis non eodem imperij genere omnibus imperet. Nam; ut rectè & naturali rationi convenienter docet Aristot. 1. *pol. c.* 1. & 8. & 8. *Ethic. c.* 12. neque maritus uxorem, neque pater liberos servili imperio regere debet, sed uxorem πολιτικῶς, ut in optimatum republ. magistratus cives suos: liberos autem βασιλικῶς; ut rex subditos; quos ut rex amat, & ut ad eorum utilitatem omnia dirigit, ita & liberos ex se genitos amat pater, curam eorum gerit, ijsque prodesse omnibus modis studet. Itaque patria potestas simpliciter & in genere considerata juris gentium est, adeoque dominica antiquior, & tanto antiquior, quanto matrimonium antiquius est bellis & servitutibus. Vis & lex naturæ semper in ditione parentum esse liberos jussit, ait Plinius in *Paneg Traian.* At considerata in spe-

cie & definitè secundùm leges & mores Romanorum civilis est, & hoc sensu rectè opponitur potestati dominicæ, quæ meri est juris gentium, §. *1. sup. cit.* Ac tametsi Antoninus modum dominicæ potestati posuit, non ideò tamen ea facta est juris civilis sive civium Rom. propria, ut falsò existimant. *Mynsing. Schneid. VVes. ad §. 2. prac. tit.* quippe cùm & peregrini idem semper jus habuerint: sed res tantum revocata est ad rationem juris gentium primævi. Vid. quæ notamus sub *d. §. 1. & 2* Esse autem hanc etiam mentem Iustiniani, verba hujus §. non obscurè ostendunt. Nam hoc ipso quod ait nullos alios homines *talem potestatem in liberos habere, qualem cives Romani habent*, satis significat, etiam alios homines habere potestatem in liberos, quamvis talem fortassis nulli habeant. Utique qui formas vivendi Græciæ civitatibus condiderunt, certum voluerunt esse modum patriæ potestatis ac finem; ut nimirum patribus tantummodo liceret liberos modicè castigare: qua via si nihil proficerent, ultimum erat, ut eos abdicarent, id est, nudos re omni domo expellerent: quæ abdicatio ἀποκήρυξις dicebatur, *l. 6. C. hoc tit.* Eam autem potestatem alij annis terminabant, alij matrimonio, nonnulli publica in viros adscriptione, teste Dionys. Halicarn. *lib. 2.* At Romanorum in liberos potestas neque finem habuit, nec modum. Non finem; quia in omne vitæ filij tempus producta fuit, etiamsi summos honores gessisset, & laudem singularis erga rempubl. studij consecutus esset. Non modum, quia immensa fuit & planè δεσποτικὴ. Nam primùm ex lege Romuli, repetita postea & confirmata à Decemviris, filiusfamil. in patris sui manu, potestate mancipioque erat, habebatque pater jus in eum vitæ & necis, terque venundandi potestatem: in quo majus etiam jus patris, quàm domini fuit; auctore eodem Dionys. *d. lib. 2.* fac. *l. in suis 11. de lib. & posthum. l. ult. C. de pat. pot.* quo tamen loco lapsus est in eo Constantinus, quod scribit non licuisse patri filio eripere libertatem: nisi fic eum excusari placeat, quod jus vendendi citius exoleverit, quàm vitæ & necis. Equidem plus hac in re tribuendum existimo testimonio accuratissimi antiquitatum Romanorum scriptoris, qui Augusti temporibus floruit, quàm Principis Byzantini. Quod verò *Vlp. in l. 8. de his qui sui vel alien. jur.* scribit, jus potestatis moribus receptum esse: id tantùm, ut ego existimo, verum est respectu quorundam effectuum, qui moribus vel introducti sunt, ut substitutio pupillaris, *l. 2. de vul. & pup.* aut in imaginarios conversi, ut venundandi potestas Præterea quemadmodum servus domino, ita filius omnia acquirebat patri, ut scribit idem auctor *lib.* 8. Sed jus illud vitæ & necis, vendendi, alienandi, mancipandi potestas, utpote à ratione juris naturæ, atque à pietate, in qua patris imperium consistere debet, *l. 5. de leg. Pomp. de parricid.* nimis longè recedens, meritò postea displicuit, permissumque duntaxat patri privatim filium castigare & corrigere: si verò quid tale filius admisisset, quod graviorem animadversionem desideraret, ad magistratum rem deferri leges voluerunt, *l. 3. C. de pat. pot. l. un. C. de emend. prop. l. 2 ad leg. Corn. de sicar.* Ita paulatim asperi & duri Romanorum mores mitigari cœperunt Græcorum condimentis; ut videtur; à quibus cùm bonarum literarum disciplinas accepissent, ad hanc sunt mansuetudinem morum facilitatemque revocati. Sed & jus acquirendi per filium multis modis imminutum est, de quo dicemus *inf. tit. per quas pers. cuiq. acq.* Alia quoque pleraque patriæ potestatis effecta procedente tempore multum imminuta sunt, ut suis locis indicabimus.

TEXTUS.

3. *Qui igitur ex te & uxore tua nascitur, in tua potestate est. Item qui ex filio tuo & uxore ejus nascitur, id est, nepos tuus & neptis, aquè in tua sunt potestate; & pronepos & proneptis, & deinceps cæteri. Qui autem ex filia tua nascuntur, in potestate tua non sunt; sed in patris eorum.*

NOTÆ.

3. EX FILIO TUO] *l. 4. D. de his qui sui vel alien. jur.* ratio est, quia in familia tua nascitur: deinde quia nemo in potestate sua habere potest, qui in alterius manu ac potestate est, *l. 21. D. ad leg. Iul. de adult.* Et ita deinceps, *l. 5. D. de his qui sui vel alien. jur.*

EX FILIA TUA] Filia enim non patri, sed marito filiumfam. parit, *l. 196. §. 1. D. de verb. sign.* licet nuptijs filiæfam. non solvatur jus patris, *l. 2. §. 1. l. 29. solut. matr. l. 1. § ult. de injur.* & quoniam mulier familiam non propagat, familiæ suæ finis dicitur, *l. 195. in fin. tit. de verb. sign.*

COMMENTARIUS.

QUI *ex filio tuo*] *l. 4. de his qui sui vel al. jur.* Ratio perspicua est; quia in familia avi paterni nascitur: omnes autem, qui sunt ejusdem familiæ, subjecti sunt familiæ principi, qui hic est filij pater: & qui est in potestate alterius, alium in

in sua potestate habere non potest, *l. si ceveniat, ad leg. Iul. de adult.*

Qui autem ex filia tua] Nati ex filia mea non in mea, sed in patris sui potestate & familia sunt, *l. cum legitima, de stat. hom. l. familia* 196. §. 1. *de verb. sign.* Unde quia mulier familiam suam non propagat, familiæ suæ finis dicitur, *l. pronuntiatio* 195. §. *ult. d. tit.* At, inquis, cùm nuptijs filiæfamil. non solvatur jus patriæ potestatis, §. 2. *inf. de senat. Tertyll. l.* 2. §. 1. *l. quotiens* 29. *solut. matr. l.* 1. §. *ult. de iniur. cum similib.* cur non etiam is, qui ex filia mea nascitur, æquè est in potestate mea, sed in potestate patris sui? Respondeo, id fieri & civili ratione, *d. l. cum legitima*, & naturali, sive potius juris gentium, argumento eorum, quæ ante diximus de jure ejus, qui caput est familiæ. Adeoque pater elocando filiam hactenus jure suo cedere intelligitur, sicut & plerisque alijs in rebus, de quibus alibi dicendi dabitur locus. Iure antiquo uxor, quæ in manum viri convenerat usu aut coëmptione, in familiam & potestatem viri transibat; eratque ei filiæ loco, & jura suorum hæredum in familia nanciscebatur; matremque familias appellabant, cùm aliæ uxores tantùm essent, & matronæ dicerentur. Hoc igitur modo atque ritu si filiafamil. nupta in manum viri convenisset, in totum solvebatur jure & potestate patris. Si quis est antiquitatis studiosior, is Hotoman. adeat, qui quicquid ad accuratam hujus rei cognitionem pertinet, ex *Cic. in Top. & Boët. ibid. Dionys. Halicarn. lib. ant.* 2. *Gell. lib.* 18. *c. Vlp. in fragm.* diligenter collegit.

TITULUS X.

De Nuptijs.

Ratio ordinis & argumentum Tituli.



Tsi superiore Titulo de Nuptijs dici cœptum est, ut primo & præcipuo modo constituendæ patriæ potestatis: tamen cum ex ijs, quæ ibi dicta sunt, nondum intelligamus, quæ sint justæ nuptiæ, ex quibus nati demum sunt in potestate patris, ideò ejus rei tractatio hoc loco subiicitur, docetur que ad iustas nuptias quæ res exigantur, quæ personæ quibus matrimonio iungi non possint, qua pœna afficiantur, qui adversus præcepta legum coëunt. Ad extremum & alius constituendæ patriæ potestatis modus explicatur, quem *Legitimationem* nunc vulgò appellamus.

TEXTUS.

Iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundùm præcepta legum coëunt, masculi quidem puberes, fœminæ autem viri potentes: sive patres familiarum sint, sive filij familiarum, dum tamen, si filij familiarum sint, consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt: nam hoc fieri debere, & civilis & naturalis ratio suadet, in tantum ut jussus parentis præcedere debeat. Unde quæsitum est, an furiosi filia nubere, aut furiosi filius uxorem ducere possit. Quumque super filio variabatur, nostra processit decisio, qua permissum est ad exemplum filiæ furiosi filium quoque furiosi posse & sine patris interventu matrimonium sibi copulare, secundùm datum ex nostra constitutione modum.

NOTÆ.

CIVES ROMANI] Igitur cum servis deportatis, peregrinis connubium non est. Ulpian. *tit.* 5. *l.* 3. *C. de incest. nupt.* Cicero in *topic.*

MASCULI PUBERES] Post annum decimumquartum *inf. quib. mod. tut. finit.* quo tempore scribit Macrob. in *somn. Scip. l.* 1. *cap.* 6. ipsam ætatem necessitate pubescere, & vim generationis in masculis moveri incipere, & Aristot. 5. *pol.* 17. exurgere τὴς συνουσίας ὄρεξιν.

FOEMINÆ VIRI POTENTES] *Maturæ viro ætatem.* Theophilus ἀνδρὸς δεκτικὰς. Fœminæ post annos duodecim virum pati posse creduntur, *l.* 4 *D. hoc tit. l.* 10. *D. de cond. & dem. l. per quand. dies leg.* quippe qua ætate fœminarum incipit purgatio, teste Macrob. *d. loco.* Cur in fœminis citius vis generationis incipiat, quàm in maribus, vid. Arist. *de gen. an. l.* 6. Macrob. 7. *Saturn.* 7.

CONSENSUM PARENTUM] Nuptiæ consistere non possunt de hoc iure, nisi consentiant omnes, id est, qui coëunt, quorumque in potestate sunt, *l.* 2. *D. hoc tit. l.* 11. *C. eod.* consensum tamen non impedit obsequium reverentiæ paternæ debitum, *l.* 22. *D. eod.*

QUORUM IN POTESTATE] Igitur matris consensus non requiritur, nec patris in nuptiis filii emancipati, *l.* 25. *D. eod.* filiæ autem emanci-

paræ minoris 25. annis arbitrium non est planè liberum, *l.* 18. *l.* 20. *C. eod.*

Et civilis] Scil. patria potestas, in filiofam. accedit & hæc, ne cui invito suus hæres agnoscatur, §. 7. *inf. tit seq.*

Et naturalis] Reverentia & obsequium naturæ lege parentibus omnibus debitum *l.* 2. *D. de iust. & jur.* quo tamen contempto nuptiæ non essent irritæ, nisi lex civilis adderet δύναμιν ἀναγκαστικήν. *l.* 11. *D. de stat. hom. l.* 12. *C. hoc tit.* quam tamen non attendunt Authores Iuris Canonici.

Præcedere] Iussus, id est, voluntas sive consensus parentis præcedere debet, *l.* 25. §. 4. *de acq. hæred.* ideoque non sufficit hic ratihabitio. Per *l.* 13. §. 6. *ad leg. Iul. de adult. l.* 11. *D. de stat. hom. l.* 6. *C. hoc tit.* Sufficit autem vel tacitus consensus præcedens, aut concomitans, *l.* 5. *C. eod l.* 7. §. 1. *D. de sponsal.* non enim velle debet pater, sed non nolle, id est, συναινεῖν, sed vid. *infr. in comment. n.* 4. *& seqq.*

Super filio] Cur magis super filio? quia filia nubit extra familiam patris, & marito suo liberos parit. Filius autem uxorem ducit in domum patris, eique liberos gignit, aliquando suos hæredes futuros avo paterno.

Ex nostra constitutione] Modus hic est, ut ex sententia curatoris ipsius furiosi, & nobiliorum totius familiæ, itemque magistratus aut Episcopi ipsius Civitatis de nuptijs statuatur. *l.* 28. *C. de Episc. aud. l.* 25. *C. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid in hoc argumento vocabulum justus significet.*
2 *De ætate coëuntium.*
3 *De eorum consensu.*
4 *De consensu parentum adhibendo.*
5 *Et quid de Iure Canonico.*
6 *Ratihabitionem patris an efficiat ut retrò nuptiæ absque consensu eius contractæ legitimæ fiant.*

1 Iustus] Justi variæ sunt pro adjuncto significationes. Hoc loco justum idem significat, quod τὸ νόμιμον, legitimum; & justæ dicuntur nuptiæ, quæ secundum jura civitatis Romanæ inter puberes cives contrahuntur: eodem sensu, quo justum matrimonium in *l. un. unde vir & uxor, l.* 13. *de his quib. ut indign.* Sic justi liberi dicuntur legitimi ad differentiam naturalium duntaxat & vulgò quæsitorum, *l.* 5. §. *pen. l.* 11. *l.* 12 *de stat hom.* justus pater ad differentiam naturalis, *l. lege Iulia* 44. §. 3. *hoc tit.* justa uxor, *l. si senatori* 31. *eod.* quæ legitima *in l.* 4. *eod.* In genere autem justæ nuptiæ habendæ, quæ secundum cujusque populi instituta contrahuntur.

Cives Romani] Igitur cum servis, Latinis, peregrinis, deportatis connubium non est, *Vlpian. fragm. tit.* 5. *l.* 3. *C. de inc. nupt. Cic. in Top.* Atque hinc responsum est, si quis rogatus hæreditatem restituere, sine liberis decessisset, isque deportatus in insula liberos sustulisset, conditionem non defeciisse, *l. ex facto* 17. §. *ex facto* 5. *ad sen. Treb.* 2

Masculi quidem puberes] Romani ea demum ætate civibus suis matrimonia permiserunt, quæ natura apta esse creditur ad generandum; maribus post annum decimumquartum, quo tempore ipsam ætatem necessitate pubescere, & vim generationis moveri incipere, scribit Macrob. *in somn. Scipion.* 6. *& Aristot.* 7. *pol.* 17. exurgere τὸ σαυσίας ὄρεξιν. fœminis autem biennio maturius, quia post annum duodecimum virum pati posse creduntur, *l.* 4. *hoc tit. l.* 10. *de cond. & demonstr.* cujus diversitatis si quis rationem quærat, adeat *Arist.* 4. *de gen. anim. c.* 6. *Macrob.* 7. *Saturn.* 7. Ab hac autem determinatione legitimæ & matrimonio contrahendo idoneæ ætatis longè recedit Plato, *qui* 4. *& 6. de legib.* tricesimum annum masculis præscribit, longius etiam *Aristot.* 7. *polit.* 16. qui eos demum conjungi vult circa annum 36. fœminas autem anno 18. Iuris Pontificij auctores pubertatem metiuntur ex potentia coëundi, non ex numero annorum, *c.* 3. §. *fin. de sponsal. impub.* qui tamen hodie ex generali consuetudine sequuntur definitionem juris civilis, quæ etsi non in omnes, in plerosque tamen quadrat, & medicorum etiam ac physicorum auctoritate fulcitur. Rarò tamen hac ætate apud nos, præsertim masculi, matrimonio junguntur. In sponsalibus ætas definita non est: quapropter & à primordio ætatis sponsalia effici possunt, modò utraque persona sit infante major, *l. in sponsalibus* 14. *de sponsal.* à quibus tamen facti puberes liberè recedere possunt, *c.* 7. *& 8. de desponsat. impub.*

Consensum habeant parentum, quorum in potestate] Iure civili nuptijs requiritur consensus, tum eorum, qui coëunt, tum parentum, si quos habent, quorum sunt in potestate, *l.* 2. *hoc tit.* quod etiam in sponsalibus observatur, *l.* 7. *l.* 11. *cum seqq. de sponsalib.* Primum nuptiæ sine consensu 3 coëuntium non consistunt, sicut nec alius ullus contractus sine consensu intelligi potest, *l.* 2. §. 3. *de pact.* Quid ergo si error intervenerit? Distinguendum est: nam si talis sit error, qui consensum impedit, puta si quis erret in persona, putans Titiam esse, cum qua contrahit, cùm sit Sempronia, hic error matrimonium vitiat, *arg l si per errorem* 15. *de iurisd. l.* 9. *de contr. empt.* Nam quod Jacobus Liam pro Rachele supposítam retinuit, in eo non est usus summo jure; *c. quod autem* 29

q. 1 Lombard. 4. dist. 30. Idem dicendum est, si erretur circa qualitatem essentialem, veluti circa potentiam generandi, aut necessitudinem, puta si ignorabatur esse amita aut soror, cum qua contractum est. At si circa accidentalia tantum erratum sit, verbi causa, si pauper est, quæ dives dicebatur, si capitosa, quæ morigera, si plebeia, quæ nobilis credebatur, &c. quoniam hæc vel adesse, vel abesse possunt salvo matrimonio, & hic in re ipsa justus consensus est, ratum erit matrimonium, d. c. quod autem, in fin. Covarruv. de matrim. p. 2. cap. 3. §. 6 n. 2. Illud autem, quod Innocentius tertius respondit, c tua nos x. de sponsal. si quis ut honestam mulierem ad turpia pelliceret, falsum nomen mentitus eam his verbis desponset, Ioannes te sponsat, & mulier hoc dolo imprudens illecta cùm in illum tanquâ sponsum consensisset, ei copiam sui fecit, si ille testetur nunquam sibi animum fuisse illam ducendi, ista verò petat fidem sibi statam præstari, non debere ex eo facto conjugium judicari, &c. Non procedit in foro externo, in quo respondetur pro matrimonio, quia Ecclesia non judicat de occultis. Covar. de matr. p. 2. c. 2. n. 5. Sanchez tr. de matr. lib. 1. disp. 9 & seq.

Consensus in hoc contractu etiam plane liber esse debet, l. non cogitur 21. hoc tit. l. Titia 134 de verb. oblig. l nec filium 12. l. neque 14. C. hoc tit. ideoque matrimonium per vim aut justum metum initum ipso quoque jure nullum est, d. l. 14. cap significavit, x. de eo qui dux. in matr. cap. 14. & seq. x. de sponsal. Covar. d. part. 2. cap 3. n. 5. Alb. Gentil. 3. de nupt. Christ. n. vol. 1. dec. 335. Planè metus reverentialis sive obsequium reverentiæ paternæ debitum, à quo absunt verbas, vincula, minæ, matrimonium non impedit, uti nec consensum, l. si patre 22. hoc tit. l 7. l. 12 de sponsal Covar. d. c 3 §. 6. n. 3. Albert. Gentil. d. lib. 3 cap. 4 11. quod tamen alij examinant. Qui in potestate parentis est, etiam illius consensum adhibere debet, hoc textu, & lege 2. eodem. Sed & nepos quamvis in avi tantùm potestate sit, patris tamen consensum adhibere debet, l 16 §. 1 eod. eadem scilicet ratione, qua consensus filij requiritur, si pater quasi ex eo nepotem adoptare velit, nempe ne invito filio suus hæres agnascatur, §. sed si quis tit seq. quæ ratio cùm in nepte nubente cesset, cessat etiam decisio, d. l. 16 §. 1. Casus, qui proponitur in l. 3. eod specialis est. Quid ergo, si, oblata liberis honesta conditione, pater dissentiat, aut sine causa prohibeat filium uxorem ducere, filiámve nubere, aut dotem dare nolit? Hic magistratus aditus partes suas interponet, patremque causa cognita coget in matrimonium consentire, & dotem dare, l. capite 19. hoc tit. Ait disertè, quorum in potestate. Unde intelligimus nec matris consensum in liberorum nuptijs necessarium esse, nec patris in emancipatorum. Et de filio quidem emancipato hoc expresse scriptum est in l. filius 25. hoc tit. In filia verò emancipata id secus videri potest per l. vidua 18 l. in coniunctione 20. C. eodem. An dicemus excipi filiam emancipatam minorem 25. annis ob sexus & ætatis verecundiam? An, ut plerique, honestatis tantùm causa præcipi, ut ea patris consensum expectet, sed id non esse necessarium? Sanè & matris, & propinquorum, & curatorum judicium adhibere patre orbata ijsdem constitutionibus jubetur, quorum tamen auctoritas in copulandis nuptijs necessaria non est, l. 8. C. eodem. Sic sentio. Ius antiquitus fuit, ut pater filiam, quam in potestate habebat, pro arbitrio & cui liberet, despondere posset, cujus rei exempla nonnulla apud Comicos & Historicos habemus; neque filiæ à patre dissentiendi licentia dabatur, nisi indignis moribus aut turpem sponsum ei pater elegisset, l. 22. §. 1. de sponsal. Emancipatam autem filiam patrem suo arbitrio nec despondere, nec elocare potuisse, adeoque nuptias, quas illa propria auctoritate contraxisset, non fuisse injustas, arguunt textus omnes, qui ejus tantùm consensum requirunt, cujus in potestate sit, quæ nubit, aut qui uxorem ducit. Hoc autem jus in filia emancipata minore 25. annis ita postea mutatum & imminutum est, ut tam illa patris, quàm pater illius voluntatem explorare debeat, d. l. 20. C. hoc tit. ita tamen ut si filia patris sententiæ repugnet, filiæ potius, quàm patris voluntatem judex sequi teneatur, d. l. 18. C. eod. Ex quo loco utique hoc colligitur, arbitrium emancipatæ non fuisse planè liberum.

Et civilis & naturalis ratio] Suadet id ratio naturalis: nam proculdubio contra officium filius facit & graviter peccat, qui sine consensu parentis nuptias contrahit. Civilis autem ratio, ne patri invito suus hæres adgnascatur. Synodus tamen Tridentina anathemate damnavit eos, qui censent nuptias à filijsfamil. sine consensu parentum contractas, irritas esse, aut parentes eas ratas irritasve facere posse, dummodo coram proprio Parocho & duobus aut tribus saltem testibus celebratæ fuerint, ut latius declaratur ibidem. Quidquid antiquiores Canones hac de re statuerint, c. aliter, c. nostrates, ca. 30. q. 5. c. non omnis, c. honorantur, c. mulier, c. fin. ca. 32. q. 3. Cujac. ad rubr. de sponsal. Duar. c. 2. de nupt. ad tit. solut. matrim. Coras. 1. misc. 17. quanquam aliùd visum Covar. de matrim. p. 2. c. 3. §. 8. Tulden. comm. hoc tit. c. 5. Perez. ad tit. c. de nupt. n. 16 qui cum Gloss. in cap. sufficiat 27. q. 2. & alijs, contendunt, non nisi honestatis gratia jure pontificio consensum paternum desiderari, liberosque conscientiæ

vinculo duntaxat obstrictos ad parentum consensum adhibendum; quod hodie certum est ex Trident. *sess. 24. c. 1. de ref. matr.*

Vi jussus parentis præcedere debeat] Jussus, id est, consensus aut voluntas parentis in nuptiis filiorumfam. adeò necessarius est, ut etiam præcedere debeat de hoc jure, neque ratihabitione patris retrò legitimæ fiant, nimirum cùm ratihabitio in iis tantum locum habeat, quæ non statim ipso jure nulla sunt, sed aliquo modo consistunt aut pendent, *Dec. ad l. semper 60. de reg. jur n. 16.* non potest ea nuptias filij sine consensu patris contractas legitimas retrò efficere: sed ex eo demum tempore justæ intelliguntur, ex quo eas ratas habuit pater, per *l. 11. de stat. hom. l. eos qui 65. §. 1. hoc tit. l. 13. §. si quis 6. ad leg. Iul. de adult. l. 6. C. hoc tit.* Nec obstat, quod liberi ex concubina suscepti, matrimonio cum ea postea contracto, legitimi fiant, § *ult. inf. eod.* Nam veteribus omnis legitimatio incognita fuit, & quod de natis ex concubinatu, consortio jure civili permisso, postea constitutum est, non debet extendi ad eos, qui nati sunt ex conjunctione vetita & pro stupro habita. Quid ergo est, quod Iustin. in *l. ult. C. ad SC. Mac.* præcipit, ut omnis ratihabitio retrò operetur? Nempe Imp. illic non tam causas, in quibus locum habeat ratihabitio, quam naturam atque effectum ejus designat. Hodie tamen dicendum videtur, patris consensum postea accedentem etiam retrò operari, cùm nunc concubinatus nullam præ alia illa conjunctione prærogativam habeat, & æquè improbatus sit. Et hoc usu apud nos servari asserunt, qui rem forensem tractant. Enimverò non præcisè requirimus, ut pater expresse consentiat, sed ut ne contradicat, aut dissentiat, gnarus eorum, quæ aguntur, *l. 7. §. 1. de sponsal. l. 5. C. hoc tit.* sicut è contrario & liberi jure civili consensisse intelliguntur, qui non evidenter dissentiunt, *lege 17. de sponsal. lege si patre 22. hoc titulo.*

TEXTUS.

1. *Ergo non omnes nobis uxores ducere licet: nam à quarundam nuptijs abstinendum est: inter eas enim personas, quæ parentum liberorúmve locum inter se obtinent, contrahi nuptiæ non possunt; veluti inter patrem & filiam, vel avum & neptem, vel matrem & filium, vel aviam & nepotem, & usque in infinitum. Et si tales personæ inter se coierint, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et hæc adeo vera sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorúmve loco sibi esse cœperint, non possint inter se matrimonio jungi, in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem juris maneat. Itaque eam, quæ tibi per adoptionem filia vel neptis esse cœperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris.*

NOTÆ.

1. PARENTUM LIBERORUMVE LOCUM] Planius dixisset, *inter parentes & liberos*, nam patrui quoque & avunculi parentum locum obtinent. Theoph. ἐπὶ τῶν ἀνιόντων, *inter ascendentes & descendentes.*

INTER PATREM ET FILIAM] Intellige parentes & liberos etiam naturales tantùm. Nam in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inspiciendus est: contra pudorem autem est filiam uxorem ducere, *l. 14. §. 2. D. hoc tit.*

IN INFINITUM] Et ita cape *vers. 6. & 8. c. 18 Levit.*

NEFARIAS ATQUE INCESTAS] In summo scilicet gradu. Nam in his tanta est turpitudo & fœditas, ut natura omnis à tali conjunctione abhorreat. Et hoc est incestum, quod jure gentium committi scribit Paul. *l. ult. D. hoc tit.* nec eo minus jus, quia à Persis contemptum, ut rectè Xenophon. 4. *memorab.* adde Philon. in *decal. lib.* 1. Cæterum & aliæ nuptiæ, quæ ratione cognationis aut affinitatis prohibentur, incestæ dicuntur, *l. 39 §. 1 l. 56. D. hoc tit l. 5. de quæst. l. ult. c. de incest. nupt.* De nomine hoc vide Non. Isidor. Fest.

DISSOLUTA ADOPTIONE] Ex *l. 55. D. hoc tit.* propter memoriam pristinæ necessitudinis. Patris enim persona tam sancta & reverenda filiæ esse debet, ut ad impediendas nuptias sufficiat vel aliquando patrem fuisse.

COMMENTARIVS.

1 *Genera cognationis exposita, ubi & de spirituali.*
2 *Parentum cum liberis conjugia incestuosa inesse summo gradu.*
3 *Ne dissoluta quidem adoptione filiam adoptivam ducere licere, & quare.*

EX ijs, quæ hactenus dicta sunt, intelligimus quatuor hæc concurrere debere, ut justæ habeantur nuptiæ; ut qui contrahunt, sint cives Romani, quales apud nos omnes habentur, ut sint puberes;

beres; ut consentiant, ut si sint filijfam. consensum adhibeant parentum, quorum in potestate sunt, juxta ea quæ dicta sunt suprà ex decreto Concilij Trident. in locis ubi receptum est: quibus & quintum addi potest ex jure Pontificio & pia consuetudine, solennis illa post trinam promulgationem in Ecclesia nuptiarum benedictio. Hæc, inquam si intervenerint, nuptiæ justæ esse censentur, si modo inter eas personas contractæ sint, inter quas nuptiæ consistere possunt. Nam etiam quædam personæ jure prohibentur inter se nuptias contrahere. Ut autem prohibeantur, ferè fit ob turpitudinem conjunctionis: quæ turpitudo vel est à cognatione contrahentium, vel ab affinitate. Cognatio triplex est; merè naturalis; merè civilis; & mixta. Naturalis tantùm est, quæ illegitimo coitu contrahitur: civilis duntaxat, quæ per adoptionem constituitur: mixta est inter eos, qui ex justo matrimonio procreati sunt, utroque videlicet jure concurrente, *l. 4. §. 2. de grad. & affin.* Speciem cognationis, quam auctores juris Pontificii spiritualem vocant, & esse volunt inter susceptorem & susceptam ex sacro Baptismate, *toto tit. de cognat. spirit. Covar. de matr. p. 2. c. 6. §. 4.* quam etiam probat Justinianus in *l. si quis 26. circa fin. C. hoc tit.* Pontifices Romani in sua, & Græci in Orientali Ecclesia extenderunt usque ad septimum gradum, quasi minor esset cognatio spiritualis necessitudine carnali, juxta dictum Synodi in Trullo. Extat de ea re *lib. 4. decretal. tit. 11. & lib. 3. jur. orient.* item *caus. 30.* per aliquot quæstiones. In Concilio autem Tridentino, cum variè de hac prohibitione esse disceptatum, & multi eam penitus tollendam censerent, placuit impedimentum spiritualis necessitudinis restringi ad eam cognationem, quæ est inter susceptorem & susceptam, eiusq; patrem & matrem, *decret. de reform. c. 2. sess. 24.*

Parentum liberorumve locum] *l. nemini. C. hoc tit.* Commodius dixisset, *inter parentes & liberos*: nam & patrui & avunculi etiam parentum locum obtinent, *l. sororis 29. hoc tit.* Theophil. ἐπὶ τῶν ἀνεψιῶν καὶ κατιόντων.

Nefarias atque incestus] In summo scilicet gradu. 2 Nam in his tanta est turpitudo & fœditas, ut naturâ omnes à tali conjunctione abhorreant, & sua ipsorum conscientia redarguantur necesse sit, qui hæc naturæ jura violant; adeoque execrabiles habeantur, qui vel per ignorantiam hæc committunt. Hinc illæ Oedipodarum calamitates quibus plenæ tragœdiæ, & illæ fictæ apud inferos pœnæ. Homer. 11. *Odyss.*

Μητέρα δ' Οἰδιπόδαο ἰδον καλὴν Ἐπικάστην

Hinc Nero magis ob incestum, quam ob reliqua facinora detestabilis. De Parthis sic Lucanus:

——*Cui fas implere parentem,*
Quid reor esse nefas?

Adde Philonem *Iud. in decal. lib.* 1. Cæterum & aliæ nuptiæ, quæ ratione cognationis aut affinitatis prohibentur, incestæ, hoc est, incastæ & pollutæ (si Isidoro *lib. 5. cap. 26.* credimus) dicuntur, *d. l. sororis, §. 1. l. etiamsi 5. 6. eod tit. C. de incest. nupt.* An autem & illæ naturæ legi & honestati similiter repugnent, postea disputabimus. Earum certè de quibus nunc agimus, naturalis prohibitio est. Quippe insita est in ipsis affectibus fuga quædam commixtionis cum parentibus & ex se natis: à qua etiam quædam animantia muta naturaliter abhorrere, à nonnullis proditum est. Seneca *Hippol.*

Fera quoque ipsa Veneris evitant nefas,
Generisque leges inscius servat pudor.

Affertur & alia prohibitionis, eaque non parvi ponderis ratio, confusio communis cognationum normæ: quæ & ipsa naturæ legi atque ordini vehementer repugnat, & necessariò consequitur istam sanguinis inter parentes & liberos commixtionem. Horresco in illud Oedipi apud Senecam *Thebaid. act. 1.*

Avi gener, patrisque rivalis sui,
Frater suorum liberûm, & fratrum parens
Vno avia partu liberos peperit viro
Ac sibi nepotes. Monstra quis tanta explicet?

Item ad illa Thyestis in *Agamem. act. 1.*

Versa natura est retrò,
Avo parentem, (proh nefas!) patri virum,
Natos nepotes miscui, nocti diem.

Quamvis per adoptionem] Respectu quoque cognationis merè civilis inter parentes & libe- 3 ros nuptiæ prohibentur, nefasque esse existimatur eam uxorem ducere, quæ per adoptionem filia neptisve esse cœperit: in tantum, ut etsi per emancipationem adoptio dissoluta sit, idem juris maneat, *l. quin etiam 55. hoc tit.* Neque id mirum videri debet, quamvis omnia adoptionis jura per emancipationem solvantur, *l. in omni 13. de adopt.* Nam in nuptijs semper etiam pudoris & revetentiæ ratio habetur, *l. adoptivus 14. §. 2. hoc tit.* Patris autem persona tam sancta & reverenda filiæ esse debet, ut ad impediendas nuptias sufficiat aliquando patrem fuisse. Eadem ferè ratione nec matrem patris adoptivi uxorem ducere possum, nempe non propter civilem aliquam necessitudinem, quæ nulla inter nos est, *l. qui in adoptionem 23. de adoption.* sed propter reverentiam, quam matri patris adoptivi propter patrem debeo, quamdiu in familia ejus sum, & tetrum esset, me patris mei, licèt adoptivi, fieri vitricum.

Planè

Planè si per emancipationem soluta fuerit adoptio; nihil impedimento est, quominus eam uxorem ducere liceat: quoniam illam nunquam mihi aviæ loco fuit, sed extranea semper, *d. l. 23. de adopt. junct. d l. 55. hoc tit.* At enim, inquies, nec patris adoptivi uxor matris loco est, *d. l. 23.* eam tamen ducere non licet, nequidem post emancipationem, *d. l. 14. pr. hoc tit.* Sed nimirum sufficit eam aliquando novercæ loco fuisse, *d. l. 14.*

TEXTUS.

2. *Inter eas quoque personas, quæ ex transverso gradu cognationis junguntur, est quædam similis observatio, sed non tanta. Sanè enim inter fratrem sororemq; nuptiæ prohibitæ sunt, sive ab eodem patre eademq; matre nati fuerint, sive ab altero eorum. Sed si qua per adoptionem soror tibi esse cœperit: quamdiu quidem constat adoptio, sanè inter te & eam nuptiæ consistere non possunt, quum verò per emancipationem adoptio sit dissoluta, poteris eam uxorem ducere: sed & si tu emancipatus fueris, nihil est impedimento nuptijs. Et ideò constat, si quis generum adoptare velit, debere eum antea filiam suam emancipare: & si quis velit nurum adoptare, debere eum antea filium suum emancipare.*

NOTÆ.

2. FRATREM SOROREMQUE] *l. 17. C. hoc titulo*, quas nuptias etiam à Deo interdictas non uno loco reperimus in veteri Lege: Levit. 18. 9. & 20. 17. Deut. 27. 20. Plato 8. *de legib.* hæc conjugia appellat μηδαμῶς ὅσια, καὶ θεομισῆ. Lucian. *in Philop.* ἀσελγεστὰ τὴν μίξιν. Cicer. 1. *de divin. nefarium stuprum.*

SIVE ALTERO EORUM] Convenit d. c. 18. Levit. 9. 11. Athenis tamen consanguineam ducere licebat, id est, sororem ὁμοπάτριον, non autem ὁμομήτριον Fabrot. ex *Philon.* Sed nec vulgò quæsitam sororem ducere licet, *lege 54. D. hoc titulo.*

QUAMDIU CONSTAT ADOPTIO] Ex Caio *l. 17. D. hoc tit.* Paulus apud *Ruffin. adoptiva cognatio impedit nuptias inter parentes & liberos omnimodo, inter fratres eatenus, quatenus capitis minutio non intervenit.*

ANTEA FILIUM SUUM EMANCIPARE] Alioqui dirimetur matrimonium, ut rectè Theoph & Græci *tom. 1. Iuris Græco Rom. lib. 8. de adopt.* fac. *l. 67. §. 3. D. hoc tit.* ad quam rectè Theod. Balsam. ὥσπερ γάμος λύεται, ἡνίκατις τὸν ἴδιον γαμβρὸν υἱοθετήσηται.

COMMENTARIUS.

1 *Ostenditur firmis rationibus, legem divinam de non ducendis sororibus moralem esse & perpetui juris.*

EX *transverso gradu*] Linea in qua gradus cognationis ponuntur, vel directa est & perpendicularis, vel transversa. Directa est vel ascendens, in qua sunt parentes; vel descendens, in qua sunt liberi. Transversa eos complectitur, qui ex latere veniunt: estque vel æqualis, eorum videlicet, qui pari gradu distant à communi parente, ut fratres & sorores, consobrini, patrueles; vel inæqualis, cùm alter altero à communi parente est remotior, ut patruus, avunculus, & fratris & sororis filij, filiæ. In linea directa, ut jam dictum est, prohibitio est infinita: in transversa non item, quo nunc se confert Imperator.

Inter fratrem & sororem] In linea transversa æquali unus tantùm gradus jure civili prohibitionem habet, nimirum fratrum & sororum nuptiæ, *l nemini, C. hoc tit.* quos etiam à Deo interdictas non uno loco reperimus, *Levit. 18. 9. & 20. 17. Deut. 27. 20.* Quid ergo? an hæc interdictio sive lex de non ducendis sororibus & ipsa moralis est, perpetuamque, & naturalem causam prohibitionis continet? Moralem esse & naturalem non dubito. Moveor, quod Deus ita per Mosen pronuntiat: *Qui acceperit sororem suam, nefariam rem operatus est, & in conspectu populi occidetur. Levit. 20. 17. & Deuter. 27. 20. Maledictus*, inquit, *omnis, qui dormit cum sorore sua.* Adeoque ex abominationibus, propter quas Cananæos Dominus extirpavit, hæc una fuit, *Levit. 18. circa fin.* qui tamen non aliam legem, quàm naturæ habuerunt. Plato quoque *lib. 8 de legib.* fratrum & sororum conjugia ait esse μηδαμῶς ὅσια καὶ θεομοσῆ, καὶ αἰσχρῶν αἴσχιστα. Hinc esse quod in tragœdiis Macarei, cognito se cum sororibus rem habuisse, continuo mortem sibi consciscant, sceleris pœnas à se ipsis repetentes: & Cic. *lib. 1. de divin.* commixtionem fratris & sororis *nefarium stuprum* appellat. Lucianus in *Philop.* ἀσελγεστὰ τὴν μίξιν. Quis verò hoc eos docuit? sola natura, quippe quæ omnes docet, sorori suæ misceri nefas esse, dum appetitum conjunctionis

ctionis inter fratrem & sororem cadere non sinit. Quis est enim, qui sororis suæ, quantumvis formosæ, nuptias aut stuprum appetat? Non Platonem modò, sed experientiam provoco. *Tam à me,* inquit ille apud Plaut. *Curcul. pudica est, quàm si soror mea sit.* Neque aliam ob causam Abrahamus credidit se pro marito Saræ habitum non iri, quàm si eam sororem suam esse diceret, *Genes. 12. 12. & 20. 12.* Denique non tantùm Romani, sed etiam alii populi, & omnis penè Græcia, auctore *Alex. ab Alex. 1. genial. dier. 24.* nefandum putaverunt iisdem parentibus genitos invicem incestis nuptiis detineri. Neq; verò ideò minus hoc nefas est, quia Æpyptii & nonnulli alii populi id dicere voluerũt, suorum nimirum Numinum exemplo, cùm Saturnus Opin, Jupiter Junonem, Osiris Isin duxerit: & quid ni hoc faceret, apud quos non solùm philadelphi, verùm etiam philometores fuerunt. Objici solet dictum Thamaræ ad Amnonem fratrem consanguineum, *Alloquere Regem; non enim denegabit me tibi. 2. Samuel. 13.* Resp. Sive hoc Thamara sciens commenta est, ut se præsenti periculo eriperet, sive revera credidit, hoc quoque patri Regi licere, inde colligi non debet, aut Davidem id concessurum fuisse, aut rectè facturum, si concessisset. Illud alicuius momenti est, quod hic nobis objici potest, & verum esse constat ex sacra historia, opportuisse nimirum à primis illis hominibus sorores duci, cùm aliæ mulieres non extarent. Respondent Theologi, id fuisse necessitatis & tacitæ divinæ dispensationis. Nam cùm juberet Dominus propagari genus humanum, nec plures simul fœminas condidisset, satis intelligitur, hanc fuisse ipsius voluntatem, ut fratri ex sorore sobolem tollere fas esset, quod postea ipsa natura docuit non licere. Hoc ergo factum, ut Augustinus ait *lib. 15. de civitate Dei, cap. 16. quantò est antiquius compellente necessitate* (intellige necessitatem ex illius temporis circunstantia) *tanto postea factum est damnabilius, religione* (id est, naturali aversatione) *prohibente.* Affert ibidem Augustinus etiam nonnullas alias causas, ob quas fratres & sorores coniungi non debeant, ut necessitudo inter plures diffundatur, serpatque & propagetur civiũ inter se charitas, quam sic extendi etiam Cicero docet 5. *de finib.* item ut evitetur illa cognationis & affinitatis confusio; quæ fratrum & sororum nuptias necessariò sequitur. Sed hæ rationes tanti ponderis non sunt, ut quod contra sit, naturâ illicitum censeri debeat. Consentit etiam in hac quæstione *Covarr. de matr. p. 2. c. 6. § 10. n. 15. D. Tulden. ad hunc titulum c. 6.*

Sive ab altero eorum] In nuptiis utrum frater sit germanus, an consanguineus vel uterinus duntaxat; nihil interest. *Levit. 18. 9. 11.* In successionibus autem inter utrimque coniunctos arctior necessitudo habetur, *auth. itaque C. comm. de success.* ut & olim in eadem causa consanguineorum maior ratio, quàm uterinorum habebatur: vulgò autem quæsitorum extra successionem matris vix jus ullum.

Quamdiu constat adoptio] Per adoptionem quæsita fraternitas eo usque impedit nuptias, donec manet adoptio, aut naturalis filius in potestate. At si pater vel me in potestate retento filiam, quam adoptaverat, emanciparit, vel me emancipato illam in potestate retinuerit, possumus matrimonio jungi, *l. per adoptionem 17. hoc tit.* quippe vinculo agnationis, quæ sola hasce nuptias impedit, soluto. Nam reverentiæ & honestatis respectus, qui dissoluta adoptione adhuc manet inter patrem quondam & filiam, hic nullus est.

Antea filiam suam emancipare] Alioqui dirimetur matrimonium, quod inter fratrem & sororem, licet adoptivos, non consistit, ut ex Theophilo, Hotom. & Wesemb. hic notant, & indicat Triphon. in *l. non solùm 67. §. 3. hoc tit.* Nam ut dicamus matrimonium manere, & adoptionem potius nullam esse, quod D. Bachovius magis probat, nescio an ex ratione juris civilis deffendi possit, quod cum nuptias inter sororem & fratrem adoptivum prohibet, generum tamen adoptari permittit, ex consequenti genero adoptato, nuptias primi voluisse existimandum est, non adoptionem nullam esse, vid. *tom. 1. juris Græco Rom. lib. 8. c. de adopt.* γάμος λύεται, ἡνίκα τῆς τοῦ ἴδιον γωμβρὸν ἠοθετήσηται. *Theod. Balsam. ad d. l. 67 ff. hoc tit.*

TEXTUS.

3. *Fratris verò, vel sororis filiam uxorem ducere non licet: sed nec neptem fratris vel sororis quis ducere potest, quamvis quarto gradu sint: cujus enim filiam ducere non licet, neque ejus neptem permittitur. Ejus verò mulieris, quam pater tuus adoptavit filiam, non videris prohiberi uxorem ducere: quia neque naturali, neque civili jure tibi conjungitur.*

NOTÆ.

3. FRATRIS VEL SORORIS FILIAM] Ex *l. 17. D. hoc tit. l. 17. C. eod. l. ult. C. de incest. nupt.* Ulpian. apud *Ruffin.* & in *fragm. tit. 5.* scribit permissum esse ducere filiam fratris, non etiam soro-

ris. Hoc Claudius invexerat. Sueton. *in Claud.* Tacit. 12. *ann.* sed postea sublata est hæc differentia *d.* l 17. Lege quoque divina non obscurè hæ nuptiæ vetantur hoc ipso, quod prohibemur ducere amitam & materteram, *Levit. c.* 18. *vers.* 11. & 13. eadem enim ratio est.

CUIUS ENIM FILIAM] *Cuius* scil. fratris vel sororis, nam regula hæc universaliter intellecta falsa esset. Possum enim ducere neptem avi mei de hoc jure, filiam eius non possum. Vera ratio est, quia invicem parentum & liberorum loco sunt, ut graduum hic respectus nullus sit, *l.* 53. *D. hoc titulo.*

NEQUE NATURALI] Non naturali, quia cognata tua non est: non civili, quia avunculus nemo fit per adoptionem, *l.* 12. §. *ult. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Nuptias cum fratris aut sororis filia, & in universum inter personas transversa linea, quæ parentum & liberorum loco inter se sunt, etiam divina lege prohibitas, atque hanc quoque legem moralem esse.*

IUre civili nuptiæ in linea transversa inæquali prohibitæ sunt inter eas personas, quæ parentum liberorúmve numero sunt, *l. per adoptionem* 17. §. 2. *l. sororis* 39. *hoc tit. l. nemini, C. eod. l. ult. C. de int. nupt.* §. *item amitam, inf. eod.* & quidem in infinitum, *l. nuptiæ* 53. *hoc tit.* nam graduum numerus hic non magis consideratur, quàm in linea recta inter ipsos parentes & liberos. Sed an huic prohibitioni per omnia consentanea sit lex divina veteris Testamenti, quæritur. Ego equidem sic sentio, quamvis enim singula apud Mosen non sint expressa: tamen quibusdam positis, quæ paria sunt, pro expressis habenda; cùm hoc flagitet ipsa ratio, ut de similibus, similiter statuatur; nec in hac prohibitione tam ad numerum graduum respiciatur, quàm ad venerationem personarum. Cùm igitur Dominus expressè vetat amitæ & materteræ nuptias, *Levit. 18. vers.* 12. & 13. intelligitur etiam vetare nuptias amitæ magnæ & materteræ magnæ, & deinceps ascendentium: item ἀναλόγως nuptias fratris & sororis filiæ, & deinceps ex his descendentium, cum patruo & avunculo, & qui supra hos sunt. Atque hanc etiam prohibitionem perpetuam esse & patrem legis moralis ex iisdem ferè argumentis evincitur, quibus fratris & sororis nuptias naturæ atque honestati repugnare antea demonstravimus, in ea tamen dispensari potest, ex Trid. *sess.* 24. *can.* 3. Unum addam. Apud Romanos cùm nulla adhuc lege nuptiæ cum fratris filia prohibitæ essent, moribus tamen incestæ habebantur, *l. sororis* 39. §. *l. etiamsi* 56. *hoc tit.* Adeò ut ipse Claudius Imperator ausus non fuerit Agripinam fratris sui Germanici filiam uxorem ducere, nisi extorto prius senatusconsulto, quo venia daretur talium conjugiorum: neque tamen reperti sunt, quod mirum est in libidinosissima civitate, qui sequerentur exemplum, excepto uno atque altero pessimo adulatore, *Sueton. in Claud. cap.* 26. *Tacit.* 12. *annal.* ac postea senatusconsultum illud à Nerva sublatum est, teste Xiphilino. Sanè brevis hæc lex Nervæ fuit; ut & imperium ejus, & nuptiæ cum fratris filia ex edicto Claudij pro licitis iterum haberi cœperunt; nam auctore Capitolino Antoninus Pius filiam suam fratri uxorem dedit, quod antea nondum sublato senatusconsulto & Titum fecisse Suetonius memorat. Cæterum quia Senatusconsultum illud sive edictum Claudii cum naturæ honestate pugnare videbatur, strictissimè acceptum fuit de sola fratris filia, non autem de filia sororis, teste Ulpiano *tit.* 5. aut quod magis puto, iam tempore mediæ iurisprudentiæ vim amiserat: argumento est, quod Caius scribit, *l. quin etiam* 55. §. 1. *hoc titulo.* fas non esse ducere neptem patris adoptivi ex filio: quanto igitur minus neptem veri patris & naturalis, seu veri fratris filiam ducere licuit. Ut ut est, tandem expressè edictum illud abrogatum est, & quidem à Principibus ethnicis Diocletiano & Maximiano, *l. nemini, C. hoc tit.* adeò altè à natura leges istæ cordibus humanis inscriptæ sunt, congruit, *l. ult. C. de incest. nupt.*

Quamvis quarto gradu] Hinc apparet, jure civili licitum fuisse ex quarto gradu lineæ transversæ uxorem accersere, excepta ea quæ parentis aut filiæ loco esset.

Cuius filiam, &c. neque eius neptem] Hæc regula ad hypothesin revocanda est: cuius videlicet fratris aut sororis, de quibus agitur. Vera autem ratio est, quoniam parentum liberorumque invicem numero sunt: ut hic aliud spectandum sit, quàm numerus graduum, §. *item amitam, inf. l. nuptiæ* 53. *eod.*

Neque naturali neque civili] Non naturali, quia cognata mea non est, cùm adoptio non tribuat jus sanguinis: non civili, quia avunculus nemo fit per adoptionem, *l.* 12. *in fin. eod.* Quippe per adoptionem cum iis tantùm personis necessitudo contrahitur, quæ si sanguine nos contingerent, nobis agnatæ essent, *l. per adoptionem* 23. *de adopt.*

TEXTUS

TEXTUS.

4. *Duorum autem fratrum, vel sororum liberi, vel fratris & sororis, conjungi possunt.*

NOTÆ.

4. CONIUNGI POSSUNT] *l. 4. D. hoc tit. l. 19. C. eod.* exemplum in *l. 78. §. 8. D. ad S. C. Trebell.* Augustinus 15. *de civ. Dei. c. 16.* de connubiis consobrinorum agens, ait ea nec divinam legem prohibuisse, nec ad sua usque tempora humanam. Prohibuerat hanc conjunctionem Theodosius Major, teste Aurelio Victor. sed filii revocaverunt *d. l. 19.* post Justinianum denuò improbata. Hermenop. *l. 4. tit. 6.* Attaliat. *tit. 26. Eclog.* Leon. & Constant. *tit. 12.* Monach. *tit. de grad. sept. consang.* unde & Theoph. negationem addit, οὐ δύνανται συνάπτεσθαι. Et Caius junior *lib. 1. inst. tit. 4.* Ex Gotthorum jure, Cujac.

COMMENTARIUS.

1. *Patruelium & consobrinorum nuptias neque civili neque divino jure prohibitas, quanquam Canones longius progressi.*
2. *Discrimen dinumerationis graduum inter jus civile & canonicum explicatum.*

REdit ad lineam transversam æqualem, in qua dicit, eos, qui quarto gradu sunt, factâ computatione civili, coniungi posse; nimirum fratris & sororis liberos: idemque traditur in *l. 3. hoc tit. l. celebrandis, C. eod.* scilicet quia hîc cessat ratio,
1 ob quam prohibeor neptem fratris ducere, quod ego illi parentis, illa mihi filiæ loco sit. Lege quoque divina, patruelium aut consobrinorum nuptiæ interdictæ non sunt: adeoque si exempla jus faciunt, tantùm non expressè conceduntur *Num. 36. 11.* Augustinus *lib. 15. de civ. Dei.* de connubiis consobrinorum agens, ait, ea nec divinam legem prohibuisse, neque ad sua usque tempora humanam. Prohibuerat has nuptias Theodosius Major, ut scribit Aurel. Victor: sed legem patris filii Arcadius & Honorius sustulerunt, revocata prisci juris, ut inquiunt, auctoritate, *d. l. celebrandis, C. hoc tit.* Pontifices autem Romani longius progressi sunt, & conjungi vetuerunt non solùm consobrinos, sed etiam sobrinos & eorum liberos, quos quarto gradu numerant, cùm octo inter se distent, *c. non debet, de cons. & affin. Concil. Lateran. c. 50.* cujus Concilii auctoritate Innocentius abrogavit priorum Pontificum decreta qui usque ad septimum gradum nuptias inhibebant, hoc est, eorum, qui jure civili decimoquarto gradu invicem contingunt, *c. progeniem, & seq c. nulli, & seq. 35. q. 2. & 3.*

Monet hic locus, ut discrimen dinumerationis 2
graduum, quod est inter jus civile & canonicum obiter explicemus; quippe quod ad causas matrimoniales solùm pertinet: nam in successionibus civilem computationem sequuntur etiam in terris Ecclesiæ, teste *Schneid. hic & D. Tulden. ad tit. Inst. de grad. cogn.* Jure civili generata persona gradũ adjicit, ut tot eo jure sint gradus, quot sunt generationes, *§. hactenus, inf. d. tit.* In linea recta aut adscenditur, quæ idcircò adscendentium appellatur, ordinemque parentum complectitur; aut descenditur, quæ dicitur descendentium, & ordinem comprehendit liberorum. In linea transversa seu collaterali primũ adscenditur, deinde descenditur. Exempli gratia; ego genitus sum à patre meo: ecce unum gradum. Idem pater meus genuit Titium fratrem meum: ecce alterum: unde consequitur fratres duobus gradibus inter se distare de jure civili. Pari ratione si quæras, quot gradibus à te distet patruus tuus, adscende primum ad avum vestræ cognationis communem auctorem, deinde iterum descende ad eius filium, qui est patruus tuus, comperies eum tribus gradibus à te distare: & ita deinceps. Latius hæc declarantur *inf. de grad. cognat.* Jus autem Pontificium aliter gradus dinumerat, *cap. ad sedem. 35. quæstione 5.* Cuius juris regulæ sunt. 1. In linea adscendentium & descendentium quot sunt personæ una dempta, tot sunt gradus: quæ computatio in hac linea à computatione juris civilis in hoc tantùm differt, quod Canones personas numerant, jus civile generationes. 2. In linea transversa æquali, quot gradibus alter distat à communi stipite, totidem utrique inter se distant. Exempli gratia, frater & soror distant inter se hoc iure uno tantùm gradu, quia uno gradu distant à communi parente: & consobrinus ista computatione mihi est secundus, quia ab avo, qui communis utriusque nostrum fons est & origo, secundus numeror. 3. In linea transversa inæquali, quo gradu distat remotior à capite, eo gradu distant inter se. Igitur fratris mei filius secundo gradu à me abest, quia ille à patre meo avo suo duobus gradibus dissidet: & nepos fratris mei tertio, quia à patre meo ipse tertius est.

Conjungi possunt] Theoph. negativè reddidit, οὐ δύνανται συνάπτεσθαι, quia sic in Oriente obtinebat. Nam post Justinianum sub Impp Græcis hæc matrimonia iterum improbata fuere. *Harmenop.*

lib. 4. tit. 6. Attal. tit. 26. Matth. monach. tit. de grad. consang.

TEXTUS.

5. Item amitam, licèt adoptivam, ducere uxorem non licet. Item nec materteram: quia parentum loco habentur. Qua ratione verum est magnam quoque amitam, & materteram magnam prohiberi uxorem ducere.

NOTÆ.

5. LICET ADOPTIVAM] Hoc consulto hic additum, in matertera omissum: quoniam matertera non magis per adoptionem fieri potest, quàm avunculus, *l. 12. §. ult. D. hoc tit.* eadem verba repetenda quoque sunt in amita magna, *l. 17. in fin. eod.*

COMMENTARIUS.

HUjus §. explicatio petatur ex iis, quæ *ad §. 3. sup.* diximus.

Licet adoptivam] Hoc consulto hic additum, in matertera omissum: nam matertera per adoptionem non magis fieri potest, quàm avunculus, *l. 12 §. ult. hoc tit.* Eadem verba quoque repetenda sunt in amita magna, *l. per adoptionem 17. in fin. eodem.*

TEXTUS.

6. Affinitatis quoque veneratione à quarundam nuptijs abstinere necesse est: ut ecce privignam aut nurum ducere non licet: quia utraque filiæ loco sunt. Quod ita scilicet accipi debet, si fuit nurus aut privigna tua. Nam si adhuc nurus tua est, id est, si adhuc nupta est filio tuo, alia ratione uxorem eam ducere non poteris: quia eadem duobus nupta esse non potest. Item si adhuc privigna tua est, id est, si mater ejus tibi nupta est, ideò eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eodem tempore habere non licet.

NOTÆ.

6. AFFINITATIS] Affines sunt viri & mulieris cognati, *l. 4. §. 3. D. de grad. & affin.* οἱ κατ' ἐπιγαμίαν συγγενεῖς. Gloss. lat. gr.

PRIVIGNAM] Quæ sic dicta, quod genita, antequam mater secundò nuberet. Fest.

UTRÆQUE FILIÆ LOCO] Regula juris civilis est, eos, qui in numero parentum aut liberorum sunt, coniungi non posse, *l. 53. D. hoc tit.* cui locus etiam in affinitate, *l. 14. §. ult. eod.* Levit. c. 18. vers. 15. & 17. & ad Corinth. 5.

EADEM DUOBUS NUPTA] Nullam apud gentem licitum unquam fuisse legimus, ut una mulier duobus aut pluribus viris nuberet.

QUIA DUAS UXORES] *l. 2. C. de inc. nupt. l. 18. C. ad leg. Iul. de adult.* Multæ quoque aliæ gentes virum unicæ copularunt. Dion. Halic. *lib. 2.* Raræ binæ in Occidente nuptiæ. De Germanis testatur Tac. Valentinianus permittere voluit. Niceph. Callist. *lib 11. cap. 33.* Jul. Poll. in *chron.* In rep. Christiana tolerari non oportere evincunt, quæ apud *Matth. cap. 5. & 19. Marc. 10. Luc. 16. Paul. 1. Cor. 7.*

COMMENTARIUS.

1. *Licèt affinitatis nulli propriè sint gradus, tamen quasi quosdam gradus affinium numerari posse, & num. 3.*
2. *Genera affinitatis à veteribus canonibus excogitata posteriorum Pontificum decretis improbari.*
4. *In linea recta affinium eandem esse prohibitionem, quæ in eadem linea cognationis.*
5. *In linea affinitatis transversa quatenus se extendat prohibitio.*
6. *Interdicta Levit. 18. quæ affines spectant, moralia esse.*
7. *Iure civili antiquo non videri inter affines transversa linea prohibitionem fuisse.*
8. *Polygamiam in rep. Christiana non esse tolerandam.*

HActenus de nuptiis, quæ propter cognationem prohibentur. Cognationis simulacrum quoddam est affinitas: cuius ea etiam vis est, ut quosvis affines quibusvis jungi naturæ honestas non patiatur. Sunt autem affines viri & mulieris cognati, dicti ab eo, quod duæ cognationes, quæ inter se diversæ sunt per nuptias copulantur, & altera ad alterius cognationis finem accedit, οἱ κατ' ἐπιγαμίαν συγγενεῖς, *l. 4. §. 3. de grad. & affin.* ubi nomina quoque affinium peculiaria recensentur.

Gradus

1 Gradus affinitatis propriè nulli sunt, quia affines ab affinibus non generantur, *d. l. 4. §. 5.* nihil tamen prohibet, quominus quasi quosdam gradus affinium numeremus: sic enim & Paulus loquitur *l. 10 pr. d. tit.* dicamusque, quo gradu quispiam est cognatus marito, eo gradu esse affinem uxori & quasi cognatum, & contra. Veteres canones etiam genera affinitatis numerant, eaque tria: ut ecce; uxoris meæ filius mihi est in primo genere affinitatis: illius uxor in secundo genere: mortuo privigno meo si illa nubat, Titio, hic mihi erit in tertio genere affinitatis: sic uxoris meæ frater mihi est in primo genere affinitatis; uxor illius in secundo; quæ si mortuo marito alteri nubat, is mihi erit affinis in tertio genere. Sed secundum & tertium genus affinitatis temerè excogitatum posteriores Pontifices meritò abrogarunt: nam qui uxori non sunt consanguinei, non possunt dici marito affines, & contra, ac proinde non prohibeor, verbi causa, uxorem ducere eam, quæ fratri uxoris meæ quondam nupta fuit, *cap. non debet, & ibi Gloss. de consang. & aff. Covar. de matrim. part. 2. cap. 6. §. 7. nu. 6.* Non obstat quod Papinianus respondet in *l. 15. hoc tit.* uxorem quondam privigni conjungi matrimonio vitrici non oportere: hoc enim non eam rationem habet, quod affines sunt; sed quod honestas & pudor naturalis non patiatur mecum matrimonio jungi uxorem eius, qui mihi aliquando filius seu loco filii fuit propter matrem, quam in matrimonio habui. Similis quædam 3 prohibitio est in *leg. 14 pr. eod.* Nascitur affinitas ex unione viri & uxoris, qui cum matrimonio juncti unum fiant, necesse est vinculo isto etiam utrinque cum iis connecti ipsorum cognatos, eodemque gradu, quo quis cognatus est marito, fieri uxori affinem & quasi cognatum: & ex contrario quo gradu quis uxori cognatus est, eodem fieri affinem & quasi consanguineum marito exempli gratia; in linea recta, quia uxor mea uno gradu distat à patre suo, ab avo duobus, ego quoque à socero uno gradu, à prosocero duobus distabo: idemque de cæteris tum adscendentibus tum descendentibus statuendum. In linea transversa, quia maritus à fratre suo duobus gradibus distat, totidem distabit uxor à leviro: quod ipsum quoque dicendum est de glore, sororio, fratria. Item quia uxor mea à patruo suo vel avunculo tribus gradibus differt, ego quoque à soceri fratre vel sorore totidem gradus abero; & sic deinceps. Videamus nunc quinam gradus affinitatis prohibiti, & anne iidem omnes, qui & cognationis.

4 In linea recta eadem jure civili prohibitio in affinitate, quæ in cognatione. Itaque nec socer nurum, nec socrum gener, nec vitricus privignam, nec privignus novercam ducere potest, *l. 14. §. ult. hoc tit. l. nemini, Cod. eod.* quod & Justinianus *hoc & seq. §.* docet, prohibitionis hanc rationem afferens, quod invicem parentum & liberorum loco sunt: cui proinde consequens est, nec inter prosocerum & pronurum, nec inter vitrici patrem & privignam, & sic porrò, nuptias licitas esse, *d. l. 14. §. ult. Levit. 18. vers. 8. 15. & 17.* Atque hanc etiam prohibitionem perpetuam esse & moralem, evincit locus Apostoli 1. *ad Cor. 5.* ubi tale stuprum ne inter gentes quidem nominari ait, ut quis uxorem patris habeat, & M. Tullius *in orat. pro Cluent.* cum socrum genero nupsisse narrasset, subdit: *O mulieris scelus incredibile, & præter hanc unam, in omni vita inauditum!* atque in hoc quoque nobis assentiuntur plerique Pontificiorum, *Covar. de matrim. part. 2. cap. 6. §. 10. num. 19.* In linea transversa æquali neque frater uxorem defuncti fratris ducere, nec vicissim soror marito sororis nubere potest, nec maritus cum sorore uxoris, aut uxor cum fratre mariti coniungi, quoniam affinitate inter se sunt facti fratres & sorores, *l. 5. l. pen. & ult. Cod. de inc. nupt.* facit *d. cap. Levit. 18. vers. 16.* quo loco cum fratris cum uxore fratris defuncti nuptiæ prohibeantur, prohibita quoque censeri debet sororis cum marito sororis suæ conjunctio, ex ratione, quam affert Moses, quia inquit, fratris tui pudenda sunt: quod nihil aliud declarat, quàm quia uxor fratris tui est; ut iam affinitate tu illi frater, illa tibi soror facta sit, quos conjungi naturæ honestas non patitur. In transversa affinitatis linea inæquali Dominus expresse apud Mosen, *d. cap. vers. 14.* vetat coniungi fratris filium cum uxore defuncti patrui, cui consequens est: 1. nec sororis filium cum uxore defuncti avunculi coniungi posse. 2. nec patruum aut avunculum cum uxore filii fratris aut sororis. 3. nec amitam aut matertera cum marito filio fratris aut sororis: Sed an æquè ex consequenti prohibitæ intelligi debeant nuptiæ mariti cum amita aut matertera uxoris suæ, aut cum fratris vel sororis uxoris suæ, sive leviri aut gloris filia, nonnulli dubitant, propterea quod hæc conjunctio non videtur tam longè recedere ab honestate & verecundia, quàm præcedentes illæ. Minus enim, aiunt, verecundum est patruum meum cum ea, quæ mihi aliquando uxor fuit, consuescere, & duos consanguineos cum eadem miscere, quàm illum, qui amitam meam in matrimonio habuit iungi, cum sorore mea, & unum successivè cum duabus consanguineis. Atque ut putet aliquis, ordini naturæ

minus convenire, ut quis ducat & maritali imperio subjiciat amitam aut materteram uxoris suæ, quod istæ illi loco parentum sunt, hanc tamen rationem cessare in filia leviri aut gloris. At enimverò si in universum spectamus causam, ob quam nuptiæ in prædictis omnibus affinitatis gradibus prohibentur; videlicet quia vir & uxor in unum corpus coalescentes non amplius duo sunt, sed una caro; in universum etiam dicendum videtur, eosdem gradus affinitatis prohibitos censeri debere, qui prohibiti sunt in cognatione & propositionem illam *Levit.* 18. 6. *Ad proximam sanguinis sui nemo accedat*, etiam ad affines, qui pro consanguineis sunt, pertinere, & tam latè patere, quàm latè patet prohibitio inter sanguine junctos. Basilius in epist. ad Diodorum.

Planè ut non æquè graviter omnes peccant, nec puniendi sunt, qui prohibitam in ordine cognatorum ducunt, sed levius, qui ex transversa; gravius, qui ex recta linea uxorem sumunt: ita etiã gravius delictũ est, ex recta affinitatis linea, quàm ex transversa uxorem sumere. Sunt verò etiam hęc
6 interdicta, quæ affines transversæ lineæ spectant, moralia & perpetui juris: neq; enim Deus gentes ob singula facta cum singulis interdictis pugnantia puniviſſet, nisi in singulis peccassent contra jus naturæ: notentur particulæ universales, quibus singulos casus designat legislator, cum idcirco gentes puniras subjicit. At enim, inquies, si lex de non ducenda fratria *Levit.* 18. 16. perpetuam & naturalem causam prohibitionis habet, qui fit, quod fratria certo casu duci jubetur? *Deut.* 25 3. Jus enim naturale est immutabile. Respondent doctiores theologi, jus naturale duplex esse: unum tale, ut absolutè in se ac essentia sua æquum & justum sit, quicquid eo continetur, ac proinde prorsus immutabile; alterum, quod æquitatem & justitiam continet in rerum natura sola Dei voluntate impressam, ut à creatura naturæ ductu approbaretur, ac posterius hoc jus uti à legislatoris voluntate dependet, ita & per eam aliquando ex causa peculiari mutari: sic quamvis jus naturæ vetet suum cuiquam auferre, Deum tamen de isto jure dispensasse, *Exod.* 12. 35. 36. quum Israelitis mandaret, ut Ægyptiis sua auferent. Atque ita etiam fortè Deus in sanctis olim quædam matrimonia concessit propter sancti generis paucitatem. Eademq; ratio est legis de fratria certo casu ducenda, excitandoque fratri sine sobole defuncto semine, videlicet ut in nomen primogeniti conservaretur familia, & primogenita Christi nunquam intermoritura significaretur. *Aug. quæst 61. in Levit.* Quare juris Pontificij Interpretes asserunt impedimenta huiusmodi non ita constringere in lege Evangelica sicut in Mosaica: atque inde monet Sanchez *de matr. l. 8. disp. 6. n. 11. & seqq. & lib. 7. disp. 52. n. 6. & seqq.* nullos gradus consanguinitatis & affinitatis *Levit.* 18. hodie esse prohibitos jure divino, nisi qui aliàs prohibiti sunt jure naturæ primævo, & consequenter Pontificem in omnibus illis dispensare posse. Apud veteres Romanos, ut hoc quoque obiter di- 7
cam, non videtur transversa affinitatis linea prohibitionem habuisse: idque exemplo doceri potest, quod afferunt M. Tullius *lib. 1. de divin.* & Val. Maximus *l. 1. c. 5.* de Metello, qui mortua uxore Cæcilia filiam sororis Cęciliæ in matrimonium duxit: quod tamen neuter eorũ ut novum refert. Quamvis autem aliquis dubitet, an hoc locum habuerit in hac linea in universum, puta si frater viduam fratris, vel patruus aut avunculus uxorẽ filii fratris, aut sororis; vel contra filius fratris aut sororis uxorem patrui aut avunculi ducere voluisset: tamen ego crediderim, apud Romanos jura affinitatis morte unius è conjugibus pro extinctis habita fuisse: utiq; si liberi ex eo matrimonio non supereſſent. Nam apud Plutarchum legimus, Marcum illum Crassum cognomento Divitem, defuncti fratris viduam duxisse: neque hoc tanquam novum aut præter morem factum auctor commemorat. Nimirum in nuptiis contrahitur affinitas, ita solutis nuptiis eam dissolvi voluerunt, salva tamen reverentia ex affinitate nata inter eas personas, quæ parentum, & liberorum loco fuerant, *arg. huius & seqq. §. adeoq;* eadem ferè ratio affinitatis fuit; quæ adoptionis, qua & ipsa soluta nuptiæ non impediũtur, nisi ob solam reverentiam inter eos, qui parentes & liberi fuerunt. Neque enim dubito, quin patruus adoptivam & filiam fratris filius amitam adoptivam, soluta per emancipationem adoptione ducere potuerint, cum nuptiæ etiam cum sorore adoptiva dissoluta adoptione consisterent, *§. 2. sup.* Sed profectò magnum discrimen est inter conjunctionem, quæ ex adoptione oritur, & eam quam parit affinitas. Adoptio merum juris civilis commentum est: affinitas verò etiam causam naturalem habet, quæ ex commixtione corporum nata nuptiis solutis adhuc permanet, quò pertinet illud Pontificis, in *c. 1. c. 35. q. 1. uno defuncto, in superstite affinitatem non deleri.*

Quia utraque filiæ loco] Regula juris civilis est, eos, qui in numero parentum aut liberorum sunt, conjungi matrimonio non posse, *l. nuptia 53. hoc tit.* cui regulæ locus est non tantùm in cognatione, sed etiam in affinitate, *l. 14. §. ult. eod.* & quamvis jure civili, ut supra diximus, id tantum obtinuisse videatur in recta affinitatis linea, ob reverentiæ cujusdam

jusdam & honestatis respectum, qui cesset in iis, qui ex transverso gradu invicem affines sunt: tamen & alias esse huius prohibitionis causas, de quibus paulò ante diximus.

Si fuit nurus sua] Ergo dissoluta demum affinitate huic prohibitioni locus est: quod & disertè exprimitur in § *seq.* ibi: *dissoluta demum affinitate.* Qui locus conjecturam nostram adjuvat, mortem unius è conjugibus affinitatem diremisse; sed ob personarum venerationem & pudorem naturalem nuptias nihilominus interdictas fuisse inter eos, qui affinitate parentes & liberi fuerant. Utique causam prohibitioni dedit ante contracta affinitas.

Eadem duobus nupta] Unam apud plures nuptam, è diametro pugnat cum recta ratione. quia (ut alia omittam, quæ dictu fœda) officit procreationi liberorum, qui principalis matrimonii finis est. Neque apud ullam gentem licitum unquam fuisse legimus, ut una mulier duobus aut pluribus viris nuberet. Tertull. adversus Marc. *manente matrimonio nubere adulterium est.*

Duas uxores eodem tempore] Duas aut plures uxores apud unum nuptias esse multi putant non pugnare cum naturali ratione, cùm apud plerasque gentes id licitum fuisse legamus; adeoque ipse Deus hanc polygamiæ speciem populo suo permiserit. Sed non deest quod reponatur, vide quæ dixi sub §. 1. *sub. de patr. pot.* Ut ut est, constat ex iis, quæ à Christo dicuntur apud *Matth.* 5. 32. & 19. 9. *Marc.* 10. 4. *Luc.* 16. 18. & quæ scribit Paulus *1. Cor.* 7.
8 polygamiam in republica Christiana non esse tolerandam: quæ etiam multis gentibus improbata fuit. Raræ binæ simul in Occidente nuptiæ. Neque enim apud Romanos tantùm constitutum fuit, ne quis binas eodem tempore uxores haberet, sed etiam apud Græcos, & jam à tempore Cecropis Athenienſium regis, *vid. Pet. Fabr.* 2. *semest.* 1. Germanos quoque nostros singulis uxoribus contentos fuisse scribit *Tacitus de morib. Germ.* Sed & plures alias gentes virum unicæ mulieri copulasse testatur *Dionysius Halicarnas. lib.* 2.

TEXTUS.

7. *Socrum quoque & novercam prohibitum est uxorem ducere: quia matris loco sunt. Quod & ipsum dissoluta demum adfinitate procedit: alioquin si adhuc noverca est, id est, si adhuc patri tuo nupta est, communi jure impeditur tibi nubere, quia eadem duobus nupta esse non potest. Item si adhuc socrus est, id est, si adhuc filia ejus tibi nupta est, ideò impediuntur tibi nuptiæ, quia duas uxores habere non potes.*

NOTÆ.

7. Duas uxores] Bigami pœna capitalis est, Theoph. ὑποκείσεται τῷ τῆς μοιχείας ἐγκλήματι 60. *Basil. lib.* 37. *c. pen.* & rectè, nam, ut ait Tertull. *adv. Marc. Manente matrimonio nubere adulterium est,* fac. *l.* 18. *C. ad leg. Iul. de adult.*

COMMENTARIUS.

Hujus §. & superioris eadem planè est sententia, ut nova explicatione non indigeat.

TEXTUS.

8. *Mariti tamen filius ex alia uxore, & uxoris filia ex alio marito, vel contra, matrimonium rectè contrahunt; licèt habeant fratrem sororémve ex matrimonio postea contracto natos.*

NOTÆ.

8. Mariti filius ex alia uxore] Titius cùm haberet filium ex conjuge defuncta, Semproniam uxorem duxit, quæ ex priore matrimonio filiam habebat. Q. an inter filium Titij & filiam Semproniæ nuptiæ consistant? R. consistere. Ratio est, quia nulla est inter comprivignos affinitas; utpote quæ ultra personas matrimonio junctas non extenditur. Wes.

Recte contrahunt] *l.* 34. §. *pen. D. hoc tit. l.* 134 *pr. de verb. oblig.* neque *Levit.* 18. *vers.* 11. prohibentur nuptiæ ἀλληλοπρογόνων, sed fratris & sororis ὁμοπατρίου sive consanguineæ.

COMMENTARIUS.

Cognati personarum, quarum interventu & copula contracta est affinitas, inter se nuptias contrahere non prohibentur. Et ratio est perspicua; quia inter eos nulla est affinitas, utpote quæ ultra personas conjunctas non extenditur: hoc est, cognati quidem uxoris marito sunt affines, & contra cognati mariti affines uxori, sed ipsi cognati utriusque non sunt inter se affines: alioqui simulacrum cognationis latius pateret,

pateret, quàm ipsa cognatio, *l. 34. §. pen. hoc tit. l. 134. pr. de verb. oblig.* Hinc igitur est, quod inter comprivignos contrahi nuptiæ possunt. quod pater & filius matrem & filiam, duo fratres, duas sorores ducere non prohibentur. Quanquã hic rectè facturos arbitror, qui magis id quod honestum est, quàm quod licet, inspicient, ne ordo cognationis, cuius imago est affinitas, nimium perturbetur: quod fit, si, verbi causa, pater filiam, filius matrem uxorem ducat. Putaverunt quidam, nuptias comprivignorum vetari *Levit. 18. 11. Ant. Matth. in not. hic, & D. Cyprian. Regn. in cens. Belg.* Sed perspicuus error est. Illic enim non comprivignorum, ἀλλοπατρογόνων, sed fratris & sororis consanguineę, id est, ab eodem patre ex alia & secunda uxore susceptæ, prohibentur nuptiæ: de qua conjunctione nihil dictum erat vers. 9. ubi prohibentur nuptiæ sororis germanæ & uterinæ duntaxat, Verba Mosis sunt: *Turpitudinem filiæ uxoris patris tui, quam peperit patri tuo, & est soror tua, non revelabis.* In versione LXX. est, ὁμοπάτριαν ἀδελφήν.

Licet habeant fratrem sororémve] Communi fratre aut sorore ex novo parentum matrimonio postea susceptis, videri poterant arctius privigni conjungi, attamen ne id quidem nuptias eorum impedire, Papin. respondit *leg generali 34. §. 2. hoc titulo.*

TEXTUS.

9. *Si uxor tua post divortium ex alio filiam procreavit, hæc non est quidem privigna tua: sed Iulianus ab hujusmodi nuptijs abstineri debere ait. Nam constat, nec sponsam filij nurum esse, nec patris sponsam novercam esse: rectius tamen & jure facturos eos, qui ab hujusmodi nuptijs abstinuerint.*

NOTÆ.

9. UXOR TUA POST DIVORTIUM] *Ex l. 12. §. 1. 2. & 3. D. hoc tit.* Vix est, ut huiusmodi casus non existat. Sed & pridem apud Romanos desierunt bona gratia matrimonia dissolvi. De jure, quod antea obtinebat, Augustin. *1. ad Valer. de nupt. & concup. 10. & de bon. coniug. 8.*

NON EST PRIVIGNA] Ratio ex notatione verbi. Privignus enim dictus, quod prius quàm mater secundò nuberet, genitus est Fest. Græcis παρόγονος.

ABSTINERI DEBERE] Propter honestatem; quę in conjunctionibus spectatur, *leg. 42. D. hoc titulo.* ἐν τοῖς γάμοις ἀρμόζον τὸ ἐπιτετραμμένον ξητεῖσθαι, ἀλλὰ καὶ τὸ εὐπρεπές, ut ajunt interpretes canonum. Quod non vetat lex, hoc vetat fieri pudor. Fabrot.

NAM CONSTAT] Argumentum à comparatione minorum. Multò enim mihi minor cum sponsa filij necessitudo, quàm cum quasi illa privigna, cuius mater mihi nupta fuit. Hotom.

NEC SPONSAM FILII NURUM] Propriè sponsa non est uxor, *leg. 12. §. 1. & 2. hoc titulo.* Impropriè tamen appellatione nurus sponsam quoque accipimus, *l. 6. l. 8. D. de grad. & affin.* Est enim sponsa quasi uxor; & sponsus quasi maritus. Tertul. *de vel. virgin. Desponsata enim quodammodo nupta.*

COMMENTARIUS.

1. *Sponsalibus propriè non contrahi affinitatem.*
2. *Ex illegitima etiam coniunctione affinitatem nasci.*

SUperius dictum est, privignam tibi loco filiæ esse, eo quod mater tibi nupta est, nec posse te eam uxorem ducere, licet morte matris aut alio modo ritè solutum sit matrimonium. Quæritur igitur, si uxor tua post divortium alteri nupserit, & ex eo filiam procreaverit, an ne eam quidem uxorem ducere possis. Ratio dubitandi, quia non est privigna tua, utpote genita postquam mater secundò nupsit. Nam ut Festus scribit, *privignus inde dictus est, quod prius genitus sit, quàm uxor secundò nuberet,* (Græcis παρόγονος.) aut si rem magis quàm notationem inspicere, nulla tibi affinitate coniuncta unquam fuit; quoniam nondum nata erat; cùm matrem in matrimonio haberes. Sed tamen ab huiusmodi nuptijs abstinendum esse, rectè placuit, *l. 11. §. 1. hoc tit.* ob consuetudinem, quæ mihi cum matre fuit.

Nam constat, nec sponsam filij] Nudis sponsalibus propriè non contrahitur affinitas, sed nuptiis duntaxat. Sponsalia enim nihil aliud sunt, quàm mutua futurarum nuptiarum repromissio, *l. 1. de sponsalib.* quam liberè liceat infringere, *l. 6. d. tit. l. C. eodem.* ac proinde, verbi causa, sponsa filii mei nurus mea non est, nec patris sponsa propriè noverca, *l. 12. hoc titulo.* Quid est igitur, quod Jurisconsulti respondent, nomine affinium etiam futuros conjuges comprehendi? *l. 6. l. 8. de grad. & affin. l. 3. l. 4. de leg. Pom. de part. l. 13. §. 3. ad leg. Iul. de adulter.* nempe id minus propriè dici constat, & locum habere, cùm sponsalia adhuc durant, & spes est fore, ut matrimonium propè diem sequatur:

sequatur: solutis autem sponsalibus & spe nuptiarum penitus sublata, nulla amplius intelligitur affinitas, de qua specie agitur hoc nostro §. *& d. l.* 12. ac solùm honestatis causa nuptiæ inter personas enumeratas prohibentur, eoque pertinent, *l. semper* 42. *hoc tit. l. semper* 197. *de regul. jur.* Igitur quod non vetat lex, hoc vetat fieri pudor. Argumentatur autem Justinianus à comparatione minorum. Et ita profectò est, ut mihi multo minor sit cum sponsa filii mei necessitudo, quàm cum illa quasi privigna: quippe cujus matrem in matrimonio habui, ex qua fortè & liberos, qui illi fratres sunt, suscepi. At sponsam filius meus nunquam attigit, ac fortassis ne vidit quidem, ut hic sola honestas causam prohibitioni præbeat, illic etiam corporum commixtio, quæ præcipuè in hoc negotio respicitur, & à Mose detectionis nomine honestè significatur. De eo ambigitur, an etiam ex illegitima conjunctione contrahatur affinitas. Sed dicendum est contrahi. Nam si ex quovis coitu, quantumvis illegitimo, nascatur cognatio, cur non etiam affinitas intelligatur? Sic certè à cognatione, qui ex contubernio servorum descendit, affinitatem servilem Paulus arguit, *l.* 14. §. 3. *hoc titulo.* Neque ob aliam causam, quàm ob affinitatem, prohibetur filius patris sui concubinam uxorem ducere, *l.* 4. *C. eodem*, aut in concubinatu habere, *leg.* 1. §. 3. *de concubin.* Quod autem Modestinus respondit, *leg.* 4. §. *sciendum* 8. *de grad. & affin.* affinitatem non nisi ex justis nuptiis oriri, de plena & perfecta affinitate intelligendum esse vel ex eo liquet, quod eodem loco scribit, nec cognationem extra nuptias coniungi, contra quam ipse definit §. 2. *eiusdem l.* 4. Atque ita sentiunt Juris Canonici Interpretes, dum ex sponsalibus validis de futuro, & ex concubitu illegitimo inducunt impedimenta dirimentia, quæ vocant justitiæ publicæ honestatis.

TEXTUS.

10. *Illud certum est, serviles quoque cognationes impedimento nuptijs esse. si fortè pater & filia, aut frater & soror manumissi fuerint.*

NOTÆ.

10. SERVILES COGNATIONES] *Ex l.* 14. §. 1. *D. hoc tit.* idemque observatur & in servilibus affinitatibus, *d. leg.* 14. §. 3. aliàs non facilè ulla servilis videtur esse cognatio, *l.* 1. §. 2. *D. unde cogn.*

MANUMISSI] Nam servorum inter se nullum matrimonium est. Utique tamen nec servile contubernium inter has personas permissum. Wes.

COMMENTARIUS.

SI ex quavis etiam illegitima consuetudine nescitur cognatio, quæ nuptiis impedimento sit, *l. nuptijs* 55. *& seq. hoc titulo*: consequens est, etiam ex servorum conjunctione cognationem huiusmodi nasci, *l.* 14. §. 2. *eodem.* Semper enim in contrahendis matrimoniis naturale ius & pudor inspicitur. Natura autem omnes homines æquales sunt: adeoque quod in cognationibus servilibus constitutum est, etiam in servilibus affinitatibus observatur, *d. l.* 14. §. 3.

Manumissi fuerint] Hoc non ita accipiendum est, quasi ante manumissionem patri filiam aut fratri sororem in contubernio habere liceat? sed ideò additum, quia de nuptiis hic quæritur, quas constat inter personas serviles non consistere de hoc jure. Planè quia servi ob conditionis vilitatem digni non habebantur, quos lex observaret, ideò nec leges, quibus pœna incestus aut adulterii constituta est, ad servos pertinere existimantur; ut proinde nec eadem severitate ob incestum aut violatum contubernium coërcendi sint, quo cives Romani & legum nexu iuncti, *l.* 6. *ad leg. Iul. de adult. l. servi* 23. *l. quæ adulterium* 29. *C. eod.* Atque hoc est, quod Paulus scribit *l.* 10. §. 5. *de grad.* serviles cognationes ad leges non pertinere. Jure pontificio etiam inter servos matrimonium est, *x. de conjug. serv.*

TEXTUS.

11. *Sunt & aliæ personæ, quæ propter diversas rationes nuptias contrahere prohibentur, quas in libris Digestorum seu Pandectarum ex jure vetere collectarum enumerari permisimus.*

NOTÆ.

11. ALIÆ PERSONÆ] Veluti tutor & pupilla, curator & adulta, præses & provincialis, senator & libertina, *l.* 36. *& 2. seqq. l.* 44. *l.* 57. *l.* 59. *& seqq. D. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

Sunt & alia personæ] Quales sunt tutor vel curator, liberive eorum, qui cum pupilla vel adulta nuptias contrahere vetantur, ne videlicet eo pacto rationum redditio intervertatur, *l. tutor 36 & seq. l. senatusconsulto 59. & seq. hoc tit. l. 1 & passim, C. de interd. matrim. inter pupil. & tut.* Item præses, vel qui officium in provincia administrat, provincialem uxorem ducere prohibetur, *l. si quis 38. l. qui in provincia 57. hoc tit. l. un. C. si quar. prad. pot.* Lege quoque Julia vetatur senator ducere libertinam, aut quæ ipsa, cuiúsve pater artem ludicram fecerit, *l. lege Iulia 44. hoc tit.* Quæ cum hodie non obtineant, non est operæ pretium plenius persequi, vid. *Rittersh. lib. 1. diff 20. num. 12. Zypæ. not. jur. Belg. de sponsal. pr. Groenevv. de ll. abrog. ad tit. C. si quæc. præc. pot.*

TEXTUS.

12. *Si adversus ea, quæ diximus, aliqui coïerint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ij, qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt: sed tales sunt (quantum ad patriam potestatem pertinet) quales sunt ij, quos mater vulgò concepit. Nam nec hi patrem habere intelliguntur: quum & ijs pater incertus sit, unde solent* Spurij *appellari* παρὰ τὴν πορὰν, *&* ἀπάτορες, *quasi sine patre filij. Sequitur ergo, ut dissoluto tali coitu, nec dotis, nec donationis exactioni locus sit. Qui autem prohibitas nuptias contrahunt, & alias pœnas patiuntur, quæ sacris constitutionibus continentur.*

NOTÆ.

12. Nec vir nec uxor] Sunt enim hæc ἔντομα ὀνόματα, justi conjugii nomina. Pœna igitur communis omnium injustarum conjunctionum est, quod ipso iure tales nuptiæ nullæ sunt: sicut nec cætera consistunt, quę contra leges fiunt, *l. 5. C. de legibus.*

Nec dos] Matrimonium quidem sine dote esse potest, at dos esse non potest sine matrimonio, *l. 3. D. de jur. dot.*

Quantum ad patriam potestatem] Comparatio natorum ex illegitimo matrimonio cum vulgo conceptis, quantum attinet ad patriam potestatem: In hoc spuriorum & iniustorum liberorum par est conditio, quod sicut spuriis pater incertus est, ita qui nascuntur ex injusto coitu patrem non habere credantur: quoniam licèt patrem demonstrare possint, cum tamen habent, quem habere non licet, *l. 23 D. de stat. hom.*

Cum et iis] Cujac. legit, *cum & is pater incertus est.*

ΠΑΡΑ' ΤΗΝ' ΣΠΟΡΑΝ'] Theoph. quasi σποράδην, id est, *sparsim, vulgò, promiscuè*, quod secuti Cujac. & Hotom.

Quasi sine patre] Non quod sine patre sint; ἀτὰρ δὲ πατρὸς τέκνον ἐκ εἴη ποτ' αὖ, ait Euripid. sed quoniam vulgivaga Venere natis pater incertus est. *Spurius* apud Romanos est proprium & primum nomen, sicut *Sextus, Decius*, &c. iisdemque notis & prænomen *Spurius*, & vulgò quæsitos designabant, nisi quod illud ita notabant SP. hos S.P. interposito puncto. Hinc ex joco natum, ut vulgò concepti *Spurij* dicerentur. Plutar. *quæst. Rom. c. 11.*

Nec dotis, nec donationis propter nuptias.] Sed dos & donatio hæc fit caduca, id est fisco vindicatur. *l. 32. §. ult. D. de don inter vir. & uxor. l. 4. & auth. incestas. C. de incest nupt.* Donationis propter nuptias in aliis mentio non fit, nec apud Theophil.

Et alias poenas] Pro qualitate delicti, *tot. tit. C. de incest nupt. Nov. 12. l. ult. D. hoc tit. l. 38. D. ad leg. Iul. de adult.* & simil.

COMMENTARIUS.

1. *Refellitur error eorum, qui putant, nuptias filiorumfam. sine parentum consensu contractas accedente copula confirmari.*
2. *Extra nuptias quæsitos omnes quoad patriam potestatem pro vulgo conceptis & spuriis haberi.*
3. *Dotis aut donationis nomine ob injustas nuptias data caduca fieri.*
4. *Prohibitarum nuptiarum pro varietate negotij & circumstantiarum varias esse pœnas.*

Illegitimæ coniunctionis duplex pœna: nam & ipso jure tales nuptiæ nullæ sunt, & præterea qui ita coëunt, pro qualitate delicti castigantur. Primum dicimus, huiusmodi nuptias ipso iure non subsistere, sicut nec cætera subsistunt quæ contra leges fiunt. *l. non dubium, C. de legib.* unde sequitur, quod hic ait Justinianus, nec virum, nec uxorem, nec matrimonium, nec dotem, in tali conjunctione intelligi; quippe quorum nominum usus in iustis nuptiis duntaxat. Dubitari autem non debet; quin primis huius §. verbis, *Si adversus*

Ministerio de Cultura 2024

sui ea, &c. contineantur etiam nuptiæ filiifamil. sine patris consensu contractæ, ut & ipsæ neutiquam de hoc iure consistant, *l. 2. hoc tit.* fac. *l. dotis 68. de jur. dot. l. 13. §. si quis 6. ad leg. Iul. de adult.* & liberi ex tali coitu susceptι iniusti sint: quam in rem I expressus textus est in *l. 11. de stat. hom.* Atque hic locus vel unus sufficit ad refellendum eorum errorem, qui contendunt nuptias sine patris consensu contractas, ut ut ab initio irritæ sint & nullius momenti, accedente tamen corporum conjunctione confirmari. Ait Paulus *d. l. 11.* liberos ex tali consortio natos injustos esse. An igitur existimant, etiam sine coniunctione corporum liberos nasci? Quid porrò tam absurdum est, quàm dicere concubitum, rem sine matrimonio illicitam, confirmare actum ipso jure nullum, hoc est, efficere, ut ratum & iustum sit matrimonium quod contra leges contractum est? His consentit decretum Tridentinæ Synodi, quo matrimonia præsumpta ex copula post promissionem de futuro habita, declarantur clandestina & nulla, *sess. 24. de reformat. matr. c. 1.* & sic abrogavit hac parte *cap. 15. qui fidem 30. extr. de sponsi & matrim.* Atque hoc tantum non fatetur Franc. de Amaya, Hispanorum Juris Consultorum disertissimus, *lib. 1. observ. iur. cap. 4. num. 10. & 11.* quanquam *nu. 12. & seq.* perperam Paulum interpretatur, quasi hoc Jurisconsultus sentiret liberos conceptos ex matrimonio, quod quis sine patris consensu contraxit, natosque post mortem avi, iustos quidem non censeri ex tempore conceptionis, sed tamen tales esse à tempore nativitatis: quæ interpretatio tam à ratione iuris, quàm à mente & verbis Jurisconsulti planè aliena est: nec juvatur, sed refellitur illa ipsa *l. 6. Cod. hoc tit.* quam ad confirmationem interpretationis suæ vir doctissimus affert. Occasionem errori dedit responsum Ulpiani *leg. 1. §. ultim. de liber. exhib.* quo tamen loco manifestè loquitur Jurisconsultus de nuptiis ab initio voluntate patris contractis, qui postea genero offensus pro potestate sua filiam vult abducere, & nuptias ritè contractas dissolvere. Neq; enim nuptias illas, si contra leges initæ fuissent, Ulpianus appellaret concordans & liberis subnixum matrimonium. Sic etiam, quod apud Paulum *2. sentent. 19. §. 1.* legimus, eorum, qui in potestate patris sunt, sine voluntate eius matrimonia iure non contrahi, sed contracta non solvi; nam ita accipiendum est, quasi ratum sit matrimonium, quod sine voluntate patris contractum est; hoc enim diserte idem Paulus negat *d. l. 11. de stat. homin. & d. l. 2. hoc tit.* sed si volente patre contractum sit, non ideò postea dissolvendum, quod pater in ea voluntate non perseveret, *l. cum hic status 31. §. si socer 19. de donat. inter vir. & uxor. l. 5. C. de repud. D. Duar. ad tit. sol. matrim. c. 2. de nupt.* Et tamen etiam hoc casu pater justa causa interveniente filiam, licet renitentem & renitente genero, domum abducere potest, *d. leg. 5. Cod. de repud.* Priscis temporibus etiam laxior hic patris potestas fuit. In Stricho Plauti Antipho filias suas Panegyrin & Pinacium ob hoc solum vult abducere, quod mariti paulò diutius abessent domo: ad quem Panegyris;

Aut olim, nisi tibi placebant, non datas oportuit:
Aut nunc non æquum est abduci, pater, illisce absentibus.

Apud Nonium sic Afranius.

O indignum facinus adolescentis, optimas,
Bene convenientes, concordes cum viris,
Repente viduas faciat spurcitia patris.

In eandem rem Cujac. *ad Nov. 22.* adducit Ennii locum, ubi ita quæritur filia;

Injuria abs te afficior indigna, pater:
Nam si improbum esse Ctesiphontem existimas veras,
Cur me huic locabas nuptiis? Sin est probus,
Cur talem invitum invitam cogis linquere?

Quamvis autem eo iure, quo nos hodie utimur, divortia liberorum, qui servato legum præscripto contraxerunt, non sint in potestate & arbitrio patris, non magis, quàm in potestate matris olim fuerunt, *leg. 4. Cod. de repud.* ea tamen parte constitutionem juris civilis adhuc sequendam esse contendimus, qua matrimonia invitis aut insciis parentibus contracta, injusta & irrita esse, liberosque inde natos illegitimos pronuntiat: quanquam juris Canonici Doctores communi calculo affirment valere matrimonium filiifamilias sine consensu patris contractum, dummodo coram proprio Parocho & duobus vel tribus saltem testibus fuerit celebratum juxta formam à Concilio Tridentino præscriptam *sess. 24. c. 1.* ubi anathemate feriuntur qui illud verum ratumque esse negant. De quo videndi erunt *Tim. Fab. in disp. anniversa. ad hunc §. D. Io. à Sande lib. 2. rer. iud. tit. 1. c. 4.* ubi utriusque sententiæ præcipuos auctores citat, tum Theologos, tum Jurisconsultos, *D. Ioan. Christin. de sponsal. diff. 1 quæst. 20.*

Quantum ad patriam potestatem] Comparatio eorum, qui ex injusto matrimonio nati sunt, cum iis, quos mater vulgò concepit, quoad patriam potestatem, cuius solius rei gratia hic de nuptiis quæritur, & neutri quoad hunc effectum patrem habere intelliguntur: quoniam nemo; respectu eorum, qui sunt juris civilis, filius intelligitur, nisi qui ex viro & uxore natus est, *l. 6. de his qui sui vel alien. iur.*

Quum & ijs pater incertus sit] Hæc verba non obscurè innuunt, non tantùm vulgò quæsitos incertum habere patrem, sed etiam eos, qui sunt ex injustis nuptiis procreati. Et vulgò quidem conceptos patrem demonstrare non posse certum est. Unde Diogenes conspicatus meretricis filium lapidem in turbam hominũ conjicientem, *Cave*, inquit, *ne patrem ferias*. At nati ex ea, quę cum uno tantum, licet illicitè rem habuit, non videntur dici posse habere incertum patrem, quod & verum est. Sed tamen, quantum ad patriam potestatem attinet (quod ideò etiam nominatim expressit Justinianus hic) non modò volgivaga Venere concepti patrem habere non intelliguntur; verùm etiam omnes, qui extra nuptias quæsiti sunt, licèt patrem demonstrare possint, ex incerto tamen patre nati dicuntur, & pro vulgo quæsitis spuriisque habentur, *l. vulgo de stat. homin. l. 3. C. solut. matrim.*

Παρὰ τὴν σποράν] Apud Theophilum est, quasi σποράδην, id est, *sparsim, vulgò, promiscuè* concepti, quod magis probo cum Wesemb. & Hotom. Aliam huius nominis rationem affert Plutarch. *in problem.* Scribit enim hanc appellationem inde natam esse, quod Romani iisdem notis & prænomen *Spurius*, & vulgò quæsitos designabant, nisi quod illud ita notabant SP. hos S. P. interposito puncto, tanquam *sine patre*. Atque hinc quod Hotom. & Wes. pro eo, quod vulgò legitur, ἀπάτορες, *quasi sine patre filij*, substituerunt, *quasi* S. P. 1. *sine patre filij*, quomodo & Theophilus legisse videtur.

Nec dotis, nec donationis] Quod dotis aut donationis propter nuptias ob injustum conjugium datum est, caducum sit, id est, fisco vindicatur, *l. 1. auth. incestas, Cod. de int. nupt. l. necesse 52. l. dote 61. hoc tit. l. cum hic status 32. §. ult. de donat. inter vir. & uxor.* præterquam si qui aut errore acerrimo, non affectato, neque ex levi causa decepti sunt, aut ætatis lubrico lapsi, *d. leg. 4. C. de inc. nupt.* In fœminis etiam error juris excusatur, sed positivi duntaxat, eoque referimus *l. 1. Cod. de cond. ob caus. dat. l. 7. C. de donat. inter virum & uxor. l. 2. §. 2. de his quibus ut indign. add. Sich. in d. l. 4. Christin. volum. 1. decis. 337. & volum. 3. decis. 129. num. 6.*

Et alias pœnas] In magna delicti varietate variæ quoque pœnæ constitui debuerunt. Plurimum enim refert, an quis prohibitas jure gentium nuptias contraxerit, an jure civili duntaxat: sciverit, an ignoraverit, in facto erraverit, an in jure: mas sit, an fœmina; major, an minor, *vid. l. ult. hoc tit. l. 4. l. 6. cum auth. seq. C. de inc. nupt. Nov. 12. l. unic. C. si quac. præd. pot.* quæ multam irrogat pecuniariam infamiam, *l. pen. C. de interd. matrim.* cum infamia pœnam stupri, *l. 18. C. de adult. l. si adulterium 38. pr. §. 1. & seqq. eod. & ibi Bart. & DD. ad Gloss. & DD. ad hunc locum Covar. de matrim. p. 2. cap. 6. §. 8. Christin. volum. 3. dec. 129. Damhoud. prax. crimin. c. 94.*

TEXTUS.

13. *Aliquando autem evenit, ut liberi, qui statim, ut nati sunt, in potestate parentum non sunt, postea redigantur in potestatem patris: qualis est is, qui dum naturalis fuerat, postea curiæ datus, potestati patris subjicitur: nec non is, qui à muliere libera procreatus, cujus matrimonium minimè legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione dotalibus instrumentis compositis, in potestate patris efficitur. Quod & alijs liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit.*

NOTÆ.

13. Qui dum naturalis] Natus ex concubina, non ex stupro, scorto, aut conjunctione legibus vetita, *l. 44. C. de Episc. & cler. Nov. 74. cap. 6.* Balsam. *ad synod. Laodic.* in quo errat Theophil. Nam concubina legibus cognita, non est meretrix.

Postea curiæ datus] In curiam cooptatus, curialis factus, *l. 9. C. de nat. lib.* Modus hic legitimandi manat ex constitutione Theodosij, *l. 3. C. eod.* & Leonis, *l. 4. eod.* deque eo latius agit Justinian. *Nov. 89. cap. 2. & seq.* Causam præbuere onera curialium. Theophylact. *in Marc. cap. 15.* Sozom. 1. *cap. 8.*

A Muliere libera] Id est, ingenua, *l. 10. C. de tit.* idem tamen est, si est libertina vel ancilla, *Nov. 18. ult. Nov. 89.* Cuiac.

Cuius matrimonium minime interdictum] Hoc ex eo necessariò efficitur, quod concubina uxor ducenda est.

Dotalibus instrumentis] Id est, *nuptialibus*, ut in *d. l. 10.* & alibi sæpè. Tabulas autem necessarias esse; arguunt quotquot sunt loci, in quibus de hac specie legitimationis agitur. In constitutionibus Græcis appellatur Δίκ. προικώων ποιήσεως

Quod et aliis liberis, qui postea] Cuiac.

Cuiac. legit, *Quod si alij liberi ex eodem matrimonio fuerint procreati, &c.* ut sit sensus, liberos autea susceptos à Justiniano æquari postea natis, ut posteriores in hæreditate patris potiores non sint, sed una eademque lance trutinentur, ut est in *d. l. 10.* Malim tamen legere cum Hotom. *Quod etsi alij liberi nulli ex eodem matrimonio fuerint procreati, &c. §. 2. inf. de her. qua ab intest.* de quo dubitatum fuit propter *d. l. 10. C.* ut constat ex *l. 11. C.* ubi hæc quæstio deciditur. Ut ut est, beneficio Principali non indigent, qui ex justis nuptiis procreati sunt. Introduxit postea Justinianus & tertium legitimationis genus per rescriptum Principis, *Nov. 74. cap. 2. Nov. 89. cap. 9. & 10.*

COMMENTARIUS.

1. *Obiectum legitimationis esse liberos naturales, nec tamen omnes, qui ita appellantur aut appellari possunt.*
2. *Speciem legitimationis per oblationem curiæ ab usu recessisse.*
3. *An nepos ex filio naturali per subsequens matrimonium avi, defuncto patre, avo fiat legitimus.*
4. *Legitimationem jure civili non procedere, nisi intervenientibus instrumentis nuptialibus, secus jure Can. quod mores hodierni sequuntur.*
5. *Matrimonium in articulo mortis contractum apud nos iustum non haberi sine dispensatione.*
6. *De legitimatione per rescriptum Principis.*

TRansit hic Imp. ad alterum modum constituendæ patriæ potestatis: quæ legitimatio dicitur, eo quod liberi extra nuptias susceptos hoc modo efficiuntur legitimi, & patris potestati subjiciuntur. Species legitimationis tres sunt: nam aut per curiæ oblationem fit, aut per subsequens matrimonium, aut denique per rescriptum Principis, quarum duæ priores hic tantum proponuntur: tertius enim modus est ex legibus novellis. Sunt qui quartam speciem adjiciunt, *Gudel. l. 1. de jur. noviss. c. 16. Perez ad tit. C. de nat. lib. n.* 16. nominationem filii testamento aliove instrumento habente subscriptionem trium testium à patre factam *Nov. 117. c. 2.* unde *auth. si quis C. de nat. lib.* sed ea probatio potius est matrimonii & præsumptio pro liberis, non quod facti, sed quod nati sint legitimi, quàm proprius modus legitimandi.

1 *Qui dum naturalis*] Obiectum legitimationis sunt liberi naturales: non omnes tamen, qui ita appellantur, aut appellari possunt. Nam primum huc non pertinent liberi ex iusto matrimonio nati, qui & ipsi nobis naturales sunt, & ita appellari solent, quando adoptivis opponuntur *pr. & §. sed si 7. tit. seq. §. 2. inf. de her. qua ab int. l. si pater 29. l. non potest 31. de adopt.* Plerumque autem naturales liberi dicuntur, qui non sunt nati ex legitimo matrimonio, *tot. tit. C. de nat. lib.* Cæterum nonnulla hic inter patrem & matrem differentia est. Matri omnes sunt naturales, etiam ex illicitis & incestis nuptiis procreati, etiam vulgo quæsiti, qui & matri succedunt ex SCto. Orficiano, *§. pen. inf. de sen. Orf.* Patri illi duntaxat, qui ex concubina susceptí, arg. *huius §. DD. in l. pen. de concub. post Gloss. ibid.* Quod autem iidem DD. requirunt, ut mulier specie uxoris habeatur in domo, negantque in hoc argumento patri naturales esse, qui foris susceptí sunt, aut etiam domi ex famula, usus non observat: adeoque apud nos meliore conditione non est concubina, quàm quævis alia quæ corporis sui potestatem alicui facit, teste *D. Grotio l. manuduct. 12.* Igitur qui ex stupro, aut alia coniunctione, quam leges improbant, nascuntur, patri hi naturales non sunt, sed similes illis, quos mater vulgo concepit, quos constat non esse objectum legitimationis, cùm nec patrem demonstrare possint, *§. prac.* Quamvis inspecta rei veritate, omnes qui ex nobis nati sunt, licet vulgo quæsiti, nobis sunt liberi naturales; atque in iis, in quibus jus naturale inspicitur, ut in contrahendis nuptiis, pro talibus habeantur, *l. 12. §. 2. hoc tit.* De natis ex contubernio servili nihil attinet dicere, cùm eorum nulla mentio fiat in hac materia. Melior tamen eorum conditio fuisse videtur, quàm natorum ex concubina: quia etiam ius succedendi iis datum est unà cum liberis legitimis, *inf. de serv. coq. in fin pr.* Jure can. ut suprà dictum est, etiam inter servos matrimonium est. Nobis ut servitus incognita, ita & servile consortium. Obiectum igitur legitimationis sunt liberi ex concubina nati: quod & legibus concubinatus permittitur, & ex eo nati certum patrem habent.

Postea curiæ datus] Primus legitimandi modus est oblatio curiæ. Curia in municipiis & colonijs idem erat, quod Romæ senatus, & decuriones, qui senatores, inde dicti, quod ex iis, qui in coloniam deducebantur, decima pars consilio publico sive curiæ adscribebatur, auctore Pompon. *l. pupillus 239. §. decuriones de verb. sign.* In Impp. constitutionibus vulgo *curiales* appellantur. Causam huius legitimationis impulsivam fuisse Hotom. scribit, inopiam decurionum, eaque onera, quæ huic ordini, alioquin honorifico, satis gravia incumbebant, quibusque mancipabantur;

bantur; ita ut nec ipsi, nec eorum liberi inde eximi potuerint, nisi certis modis, *vid. l. 3. l. 4. l. 9. C. de nat. lib.* Naturalis quoq; filia si curiali uxor à patre data esset jus filiæfam. adipiscebatur, *d. l. 3.* De hoc legitimandi modo latius agit Justinianus *Nov. 89.* 2 *c. 1. & seqq.* nobis incognitus est, atque ab usu eum recessisse restantur *Mich. Graff. §. successio, quæst. 19. nu. 19. Gudelin. 1. de jur. nov. 16. in fin. D. Kinschot. de reser. gr. tr. 6. c. n. 1. Christin. vol. 3. decis. 145. n. 18.*

Nec non is, qui ex muliere libera] Secundus legitimationis modus est, cùm pater concubinam, ex qua liberos naturales habet, uxorem ducit. Nuptiarum quidem per se hæc vis est, ut liberi ex iis nati legitimi sint & in potestate patris: sed ut antè nati nuptiis subsecutis legitimi fiant, extrinsecus nuptiis accedit & à beneficio legis est, cuius solius potestate legitimi censentur, vid. de hoc originis paternæ confirmandæ modo, *l. 10. C. de natur. lib. Nov. 89. c. 8.*

Cuius matrimonium minimè interdictum] Hoc ex eo necessariò efficitur, quod concubina uxor ducenda est. Saris est autem ut uxor esse possit, licèt ad tempus impediatur, veluti si præses provincialem in concubinatu habuerit, & finita administra- 3 tione provinciæ eam uxorem ducat, *l. ult. de concub.* Nepotem etiam per subsequens avi matrimonium defuncto jam patre legitimum avo fieri censent *Covar. de matrim. p. 2. c. 8. §. 2. nu. 22 & seq. Chassan de consuet. Burgund. tit. de success. rubr. 8. §. 5. nu. 42. & seq. Fachin. 3. contr. 56. D. Tulden. comm. hic c. 4. & ad tit. C. de nat. lib. nu. 4.* Quod ego non video, quomodo procedere possit. Nam aut nepos & ipse naturalis est, & legitimus effici nō potest, ne patre quidem vivente, nisi pater ipse suam concubinam uxorem duxerit: inauditum autem est filium naturalem succedere in locum patris sui, & perinde legitimum fieri, avo concubinam, unde pater natus est, uxorem ducente, ut ipse filius fieret, si viveret. Aut natus est nepos ex justa filii uxore, & legitima planè persona est, incognitaque jure nostro legitimatio eius qui iam legitimus est, ad solum effectum succedendi. Sed & filio defuncto sublatum est medium, per quod matrimonii ab avo contracti effectus ad nepotem pertingat: falsum enim est, quod præsupponunt legitimationis huius hanc esse vim, ut retrotrahatur tempus nuptiarum ad tempus nativitatis. Nam si hoc verum esset, necessariò sequeretur, filium ex concubina natum in jure primogenituræ præferri filio posteà suscepto ex legitima uxore, mortua ante nuptias cum concubina contractas, de quo *Tiraquel. de jur. primogen. quæst. 34. Io. Christin. diff. 3. de matr. quæst. 23.* item liberos etiam non consentientes legitimos fieri, contra *Nov. 89. c. 11.* Nihil in cōtrarium facit, quod quis nepotem adoptare possit, etiamsi filium non habeat, *§. licet, tit seq.* Nam à diversis nulla illatio est: & omninò matrimonium cum concubina non potest legitimare liberos, nisi ex ea ipsa cōcubina natos, quæ & communior sententia est; *vid. Gail. 1. obs. 141. n. 9. Val. Foster. tr. de succ. ab int. l. 1. qu. quib. cat. hi effect. cess Bachov. in Treutl. vol. 1. disp. 2. thes. 7.*

Dotalibus instrumentis] Dotalia instrumenta hic accipere debemus instrumenta quævis nuptialia, etiamsi de dote danda nihil in iis cautum sit: alioqui sequeretur, natos ex paupere concubina, qui dotem dare non possit, hoc modo legitimari non posse, quod per quam durum est. Et Justinianus *l. 10. C. de natur. lib.* promiscuè hisce vocibus utitur: & alibi sæpè hæc instrumenta nuptialia vocat duntaxat, *§. 2. inf. de hæred. qua ab int. Nov. 74. pr.* Quod autem in omnibus iis locis, in quibus de 4 hac legitimatione agitur, horum instrumentorum perpetuò meminit, satis firmum argumentum est, iis non intervenientibus liberos ante natos non fieri legitimos. Verum quidem est, matrimonium solo consensu perfici: sed hic non tam quæritur de matrimonio contrahendo, ejusve contracti propria vi & potestate, quàm de effectu speciali legitimationis, quem matrimonium non ex se, sed legis auctoritate habet, quæ solemnitatem instrumentorum ad id desiderat: haud dubiè, ut liquidò & perpetuò constare possit, non tantùm, an ea, quæ concubina fuit, maritali postea affectu & pro uxore habita sit: verùm etiam an liberi & quinam legitimati sint: quod instrumento omninò inserendum, cùm non alii, quàm qui volunt, legitimentur. *Nov. 89. c. 11.* Malè igitur argumentatur *Ant. Matth. Coll. Iust. 1. disp. 1. thes. 25.* Jure autem Can. instrumenta nuptialia intervenire necesse non est, *c. tanta, x. qui fil. sint legit.* sicuti nec moribus nostris. *D. Tulden. comm. hic c. 11. Perez. ad tit. C. de natur. lib. n. 9. Christin. vol. 1. decis 310. n. 11. & seqq.* quod tamen cùm dicimus, non excludimus publicas futuratum nuptiarum denuntiationes, quæ in Ecclesiis ex scripto recitandæ, *art. 1. ord. pol.* Matrimonium etiam in articulo mortis cum concubina contra- 5 ctum liberos ex ea susceptos retrò legitimos facit, *Gail. 1. obs. 4 n. 8 D. Tulden. ad tit. C. de natur. lib.* quod tamen apud nos non procedit sine dispensatione, propter *l. art. 3. ord. in pol.*

Quod & alijs liberis, qui postea] Vitiosa procul dubio hæc lectio est. Quis enim dubitet, eos liberos, qui ex justis nuptiis procreati sunt, legitimos esse? Quamobrem cum Hotom. lego; *Quod etsi nulli alij liberi ex eodem matrimonio nati fuerint, &c.* de quo dubitari poterat propter constitu-

constitutionem Justiniani in *l.* 10. *Cod. de nat. lib.* & dubitatum fuisse constat ex *l.* 11. *Cod. eod.* ubi hæc controversia deciditur, *add.* §. 2. *inf. de hær. qua ab intest.*

6 Tertium genus legitimationis postea accessit, nempe quæ fit per rescriptum Principis. Per rescriptum Principis legitimantur liberi naturales ad supplicationem patris qui legitimam prolem non habet, & concubinam uxorem vel non potest ducere, puta quia mortua sit, aut se subducat, vel non honestè potest, ob vitæ scilicet turpitudinem, *auth. præterea, Cod. de natur. lib. Nov.* 74. *c.* 2. *Nov.* 89. *c.* 9. *&* 10. vel ad supplicationem filii, si pater eum hæredem instituit, vel testamento dixerit, desiderare se ut natalibus restituatur, *d. c.* 10. Potest sanè Princeps ex plenitudine potestatis filium naturalem legitimum facere etiamsi pater legitimos liberos habeat, aut matrimonium cum matre iniri possit. Cæterum non intelligitur Princeps id velle facere, nisi rescripto id nominatim comprehensum fuerit, *Mynsi.* 1. *obs.* 31. *Gail.* 2. *obs.* 142. *n.* 8. *Perez. ubi sup. n.* 12. Planè non rescinditur legitimatio semel concessa, quamvis postea ex justo matrimonio soboles patri agnascatur, *D. Tulden ubi sup. nu* 5. Hæc legitimato tantùm in bonis legitimantis tribuit legitimatio, quantum liberis legitimis jus naturæ, *dec. supr. Cur. Holl.* 10. Cognatos autem non tangere, exceptis iis, qui in eam consentiunt, neque ad feuda pertinere, nisi id quoque nominatim cautum sit, notat *D. Grot.* 1. *manud.* 12. *add. Mynsi* 5 *obs.* 42. *D. Kinschot. d. tract.* 6. *cap.* 5. *nu.* 2. Paulò plenius de hac specie legitimationis, deque clausulis, quæ rescriptis inseri non solent, tractat *D. Gudelm. de iur. noviss. lib.* 1. *cap.* 15. *add. D. Christ. vol.* 1. *decis.* 199. *num.* 18. *& volum.* 3. *decis.* 145. *D. And. Gail. d. obser.* v. 142.

TITULUS XI.

De Adoptionibus.

1. *Continuatio summa tituli, tum quid sit adoptio, & quàm antiqua eius origo.*
2. *Hodie adoptionem ab usu recessisse: sed in Germania aliisque nonnullis provinciis receptum unionem prolium, adoptionis quoddam simulacrum.*

EXPOSITI sunt in superiore titulo duo priores modi constituendæ patriæ potestatis, nuptiæ & legitimatio: sequitur nunc tertius, adoptio. Adoptio est actus legitimus quo in jus & locum filiorum familiæ ad-

scisimus, qui nobis extranei sunt, in solatium eorum qui liberos non habent, πρὸς τὸ παραμυθίαν ἀπαίδων, inventus. Græcis vocabulo significantiore dicitur ποίησις. Genus est actus legitimus, sive legis actio, *l.* 3. *l.* 4. *hoc tit. l.* 1. *C. eod.* quæ quid sit, dicimus inferius §. 1. *huius tit.* Sequentia differentiam continet, qua hic actus à reliquis legis actionibus discernitur, quales sunt emancipatio, manumissio, & si quæ sunt similes. Postrema verba finem indicant, quem etiam Theophilus expressit, & indicat Ulpian. *l* 15 §. 2. *hoc tit.* itemq; Ciceto *orat. pro dom. sua.* Tria autem ferè sunt, quæ hoc tit. tractantur. Primùm dividitur adoptio in duas species, quæ suis definitionibus explicantur; tum docetur, qui adoptare adoptari ve possint: postremò, quæ sit vis utriusque adoptionis, ostenditur. Origo adoptionis antiquissima est. Non enim Romani solùm, verùm etiam Græci in solatium orbitatis filios sibi adscisceere solebant, ut ex Æginetico Isocratis, & Plutarcho *in Theseo* liquet. Apud Hebræos quoq; & Assyrios atque Ægyptios in usu fuisse adoptionem, testes sunt *Ioseph.* 1. *antiq.* 15. *Beros. lib.* 5. *defloral. Diod. Siculus* 4. *Biblioth.* Moses à filia Pharaonis adoptatus traditur *Exod. cap.* 2. Nec Franci olim, nec Longobardi usum adoptionis ignorarunt, ut ex Paulo Diacono & Trithemio observavit Gregor. Tholosanus *lib.* 10 *syntag. c.* 6. Cæterum hodie in hisce regionibus jure veteri adoptionis non utimur: nam adsciti à nobis non pro liberis, sed pro alumnis sunt, hoc est, eo loco, quo sunt liberi alieni, quos in nostros enutrimus: quos quidem nihil prohibet etiam hæredes instituere, ut quemlibet extraneum, liberorum autem jure non censentur, nec agnationis Apparet hoc ex effectis: nam & nuptiæ inter has personas consistunt, sicut cum alumna jure civili, *leg. si quis* 26. *Cod. de nupt.* quo tamen jure neque filia patri adoptivo, neque soror adoptiva fratri, qui in eiusdem patris potestate sit, nubere potest, §. 1. *& 2. tit. præced.* & necesse non est eas hæredes instituere aut exhæredare, ut jure Romano liberos adoptivos, §. *adoptivi, infr. de exhær. lib.* nec ad successionem ab intestato vocantur, vel ut liberi, vel ut agnati aut cognati. De moribus harum regionum testantur *Grot. l. manud.* 6. *Gudelm.* 1. *de jur. nov.* 15. *Christin. vol. decis.* 185. De consuetudine Galliæ *Mansuer. de probat. num.* 34. *Tiraq. tract. de retract. gl.* 8. §. 1. ubi tradit nec jus gentilitii retractus adoptatis competere, *Gregor. Tholos. ubi sup.* Fallitur ergo D. Eguin. Baro, dum ea, quæ de adoptionibus jure Romano constituta sunt, adhuc valere debere, ideò contendit quod nihil de iis comprehensum sit legibus Gallorum propriis, consteq; inter

pragmati-

pragmaticos, quod jure proprio definitum non est, jure communi, hoc est, Romanorum dirimi, quò etiam constitutiones Principum nos identidem remittant. Etenim non minus de eo inter omnes pragmaticos convenit: si quando Principes iubent ius Roman. sequi, ubi propriæ leges deficiunt, id ita accipiendum esse, ut locum duntaxat habeat, si ius Romanum generali & manifesta desuetudine abrogatum non sit. Nam neq; de servis quicquam cautum propriis plerarumque regionum legibus reperimus: an ergo idcircò dicemus servitutem ibi tacitè approbatam censeri? Quod ideò monere visum est, ne quis in huiusmodi controversiis hoc argumento sibi imponi patiatur. In Germania passim, & nonnullis aliis provinciis consuetudine recepta est imago quædam adoptionis, coniunctio sive unio prolium, quas coniuges ex diversis matrimoniis susceperunt. In hoc contractu & magistratus auctoritas intervenire debet, & exacta cognitio adhiberi præsentibus & consentientibus consanguineis, tutoribus & curatoribus, qui provideant, ne res ad concordiæ vinculum comparata discordiam inter liberos excitet in nimia facultatum inæqualitate, *D. Andr. Gail. 1. obs. 125.*

TEXTUS.

Non solùm autem naturales liberi secundùm ea, quæ diximus, in potestate nostra sunt; verùm etiam ij, quos adoptamus.

NOTÆ.

NATURALES LIBERI] Id est, qui ex iustis nuptiis procreati sunt: ea enim perpetua est naturalium liberorum significatio, cùm opponuntur adoptivis, §. 7. *inf. eodem*, §. 4. *inf. de exher. liber.* § 2. *inf. de inoff. testam. l.* 31. *D. hoc tit. l.* 2. §. 6. *D. ad Sc. Tertyll.* at cùm opponuntur legitimis in genere, tum significantur liberi illegitimi, ut *tot. tit. C. de nat. lib. &* §. *ult. sup. tit.*

QUOS ADOPTAMUS] *leg. 1. D. hoc tit. Vlpian. tit. 8.* Est autem adoptio actus legitimus, *leg. 77. de regul. juris*, quo in locum filii adsciscimus eum, qui nobis extraneus est, ad eorum, qui liberos non habent, solatium inventus. Theoph. Græcis verbo significantiore dicitur υἱοθεσία. Origo eius antiquissima. Vid. Gregor. Tholos. 10. *syntagm. cap. 6.*

COMMENTARIUS.

Filiosfamil. non solùm natura, verùm etiam adoptiones faciunt, *l. 1. hoc tit.* Per naturales liberos hoc loco intelligi oportet eos, qui sunt ex justis nuptiis procreati: ea enim perpetua est naturalium liberorũ significatio, cùm opponuntur adoptivis, utpotè legitimis tantùm, & diversæ eiusdem generis speciei, §. *sed si 7. inf. eodem*, §. *adoptivi, 4 inf. de exhæred. liber.* §. *2. inf. de inoffic. testam. l. non potest 31. hoc tit. l. 2.* §. *liberi 6. ad Senatusc. Tert.* At cùm naturales opponuntur legitimis in genere, qui legitimi non sunt, significantur & naturales duntaxat, §. *ult. tit. superioris, tot. tit. C. de natur. lib.* quod & in voce parentis aut patris naturalis similiter observandum.

TEXTUS.

1. *Adoptio autem duobus modis fit; aut Principali rescripto, aut imperio magistratus. Imperatoris auctoritate adoptare quis potest eos, eásve, qui quæve sui juris sunt, quæ species adoptionis dicitur adrogatio. Imperio magistratus adoptamus eos eásve, qui quæve in potestate parentum sunt; sive primum gradum liberorum obtineant, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis.*

NOTÆ.

1. DUOBUS MODIS] Ex Cajo *leg. 2. D. hoc titulo.*

PRINCIPALI RESCRIPTO] Hæc stante republica auctore populo fiebat comitiis curiatis. Gell. *lib. 5. cap. 19.* Gruch. *3. de comit. Rom. 3.*

DICITUR ADROGATIO] Inde nimirum, quia & is, qui adoptat, rogatur, an velit eum, quem adoptaturus sit, iustum sibi filium esse; & is, qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiatur, *d. leg. 2. hoc tit.*

IMPERIO MAGISTRATUS] Apud quem est legis actio, *leg. 4. eodem leg. 1. Cod. eodem, leg 3. D. de officio proconsul.* Hæc species generis nomen retinet, ut sæpè aliàs, cùm proprium nomen deest. Boëtius ad *topic. libr. 2. Fit verò id sæpè, ut species ijsdem nominibus nuncupentur, quibus & genera.*

COM-

COMMENTARIUS.

1 *Adrogationes olim non nisi auctore populo comitijs curiatis fieri solitas : & ideo mutato statu reip. Principis auctoritatem in hoc actu necessarium fuisse.*

2 *Adoptio in specie apud quos quo ritu olim fieret, & quomodo nunc fiat.*

DUæ sunt species adoptionis , quarum altera adrogario dicitur, altera quia proprio caret, generis nomine adoptio appellatur, quod in jure nostro frequenter usu venit. Nam cùm plura sint negotia, quàm vocabula, *leg. 4. de præscr. verb.* sæpè fit ut verba, quæ vi sua generalem significationem habent, ex instituto loquentis certam speciem indicent, eam nimirum, quæ proprio nomine destituitur, & cui ferè tum species ejusdem generis, quæ proprium nomen habet , opponi aut apponi solet, ut observare licet in vocibus cognationis, servitutis, contractus, actionis & sexcentis alijs. Adrogatio est adoptio eorum qui sunt sui juris, facta auctoritate Principis. Duo igitur sunt hujus adoptionis propria ; primum quod eorum tantum est ; qui sui sunt juris: alterum, quod fieri debet auctoritate Principis. Cur verò Principis auctoritas in hoc actu necessaria ? Nimirum quia antea populi fuit. Nam jure à majoribus prodito nemo, qui sui juris erat , in alienam potestatem transire poterat ; nisi populus auctor fieret. Comitia præbebantur curiata, arbitri erant pontifices : formula hæc ; *Velitis, jubeatis, Quirites, uti L. Valerius L. Titio tam jure legeq; filius fiet. quàm si ex eo patre matreq; familias ejus natus esset : uiique ei vita necisque in eo potestas fiet, uti patri endo filio est. Gell. 5. cap. 19. Gruch. 3. de comit. Rom.* 3. Porro rogabatur & qui adoptabat, & qui adoptabatur, ille an vellet eum, quem adoptaret , sibi justum filium esse ; hic , an id fieri pateretur : unde & adrogationem dictam esse scribit Cajus *l. 2. hoc tit.* Et haud dubiè inde est , quod adrogari non potuit, nisi iam vesticeps: nam impubes , quem investem dicebant , auctor in eam rem propter ætatem fieri non poterat; neque tutoribus tanta erat potestas , ut caput liberum fidei suæ commissum alienæ ditioni subjicerent. Et quia cum fœminis nulla comitiorum communio erat , nec mulier adrogari poterat. *Gell. d. loc. Cic. pro dom.* Hæc, inquam , stante adhuc repub. Cujus statu mutato , quod jus populi fuit, Principes usurparunt, ex quorum rescriptis & fœminæ & impuberes etiam adrogari cœperunt , *l.* 2 *nec ei 17. cum seqq. hoc tit. Vlp. tit. 8. § 4.* Adoptio in specie eorum est , qui sunt in potestate , sitque auctore patre, qui in potestate habet , apud magistratum, apud quem est legis actio, *l. 4. hoc tit. l. 1. C. eod. l. 3. de off. proconf.* Legis actio est id , quod fit ex præscripto & forma legis cum solemnibus ad rem aliquam peragendam constitutis : quibus solemnibus peragendis si lex magistratum designaret, penes eum dicebatur esse legis actio. Cæterum etiam apud Principem rectè lege agi ostendit *l. ult. C. de his qui à non dom. man.* & quemadmodum hujusmodi actus , cùm sint voluntariæ jurisdictionis, quivis alius magistratus apud se expedire potest, *l. 4. hoc tit. l. 2. de off. prat.* ita & Princeps tanquam summus magistratus. Quo pertinet, quod de Augusto refert Suetonius ; *Caium & Lucium*, inquit , *adoptavit domi per assem & libram emptos à patre Agrippa.* De hac specie adoptionis ita scribit *Gell. de loc. Adoptantur, cum à parente, in cujus potestate sunt, tertia mancipatione in jure ceduntur, atque ab eo, qui adoptat, apud quem legis actio est, vindicantur.* Interveniebant tres mancipationes, sed duæ tantum manumissiones, *leg. ultim. Cod. hoc tit.* Nam si filius ter venditus , tertio quoque manumissus fuisset, ut in liberorum emancipatione sui juris tertia manumissione factus esset. Itaque tertio ita vendebatur ac mancipabatur adoptatori, ut ei in jure cederetur, usque illum tanquam filium suum assereret , & jure Quiritium, ad instar quodammodo servi, vindicaret : quod jus patrem ex lege Quiritium habuisse testatur *Vipian. l. 11. §. 2. de rei vend.* Cæterum tres hæ mancipationes & duæ manumissiones in filiorum duntaxat adoptionibus necessariæ erant : filiæ autem & cæteri liberi una tantum mancipatione è potestate patris sui exibant, & potestati patris adoptivi subjiciebantur, *d. l. ult. Cod. hoc tit.* Quæ omnia procedente tempore, per imaginariam emancipationis solemnitatem expediri cœperunt, *§. 6 tit. seq.* quæ & ipsa postea à Iustiniano sublata, constitutumque, ut pater, qui liberos suos in adoptionem dare desiderat , hoc ipsum actis intervenientibus solummodo apud competentem judicem manifestet , præsente eo, qui adoptatur, & non contradicente, nec non eo præsente, qui adoptat, *d. l. ult. & §. antepen. inf eod.* De mancipationis solemnibus studiosi antiquitatis consulant *Boët. in Top. Cic. Ravard. cap. 16. ad leg. 12. Tab. Brisson. lib. 1. antiq. cap. 7. de legis actionibus, & lib. 4. antiq. cap. 20.*

TEXTUS.

2. *Sed hodie ex nostra constitutione, cùm filiusfam. à patre naturali extraneæ personæ in adoptionem datur, jura patris naturalis minimè dissolvuntur; nec quicquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est: licet ab intestato jura successionis ei à nobis tributa sint. Si verò pater naturalis non extraneo, sed avo filij sui materno, vel si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem, in hoc casu quia concurrunt in unam personam & naturalia & adoptionis jura, manet stabile jus patris adoptivi & naturali vinculo copulatum, & legitimo adoptionis modo constitutum, ut & in familia & in potestate hujusmodi patris adoptivi sit.*

NOTÆ.

2. NOSTRA CONSTITUTIONE] Extat *in l. pen. C. hoc tit.*

EXTRANEÆ PERSONÆ] ἐξωτικῷ τινὶ. Theoph. Extraneam personam hic vocat omnem eum, qui extra lineam parentum sit. Pac.

NEC QUICQUAM TRANSIT] Iuris scil. aut potestatis patriæ, filium enim tantùm ex lege Iustiniani hæc adoptio facit, non filiumfam.

LICET AB INTESTATO] Hoc specialiter ei tribuitur. Potest autem impunè præteriri, *d. l. pen. §. 1. §. 14. inf. de hær. quæ ab intest.*

ETIAM AVO VEL PROAVO SIMILI MODO PATERNO VEL MATERNO] In alijs sic, *etiam avo paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno*, quam lectionem flagitat manifesta ratio juris, & ita in *d. l. pen.*

LEGITIMO ADOPTIONIS MODO CONSTITUTUM] In d. l. pen. *legitimo adoptionis modo constrictum.*

COMMENTARIUS.

OLim quavis adoptione jus patris naturalis extinguebatur, isque, qui in adoptionem etiam extraneæ personæ dabatur, in patris adoptivi familiam & potestatem transibat. Ex quo jure cum non levia incommoda consequi Iustiniano viderentur, propterea quod fieri poterat, ut filius & patris naturalis successionem amitteret propter adoptionem, & patris quoque adoptivi, adoptione per emancipationem soluta, *§. sed ea omnia 14. inf. de hær. quæ ab intest. l. pen. Cod. hoc tit.* (ego unum tantum casum invenio, nimirum si filius post mortem patris naturalis emancipatus esset, *§ hi. 10. inf. d. tit.*) His incommodis sic occurri posse credidit; si jura patris naturalis integra servarentur, quando filius extraneæ personæ in adoptionem daretur, quod & effecit constitutione sua, *d. l. pen.* Extraneam autem personam intelligit omnem, quæ extra lineam parentum sit: unde qui à patruo aut avunculo adoptati sunt, perinde haberi debent, ac si à quovis extraneo adoptati debent.

Licet ab intestato jure succeff.] Hoc ei à Iustiniano specialiter tribuitur. Cæterùm impunè à patre hujusmodi adoptivo præteriri potest, alio hærede instituto, *d. l. pen. §. sed ne, d. §. sed ea omnia. inf. de hær. quæ ab intest.*

Etiam avo vel proavo simili modo paterno vel materno] Legendum; *Etiam avo paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno.* non tam quia ita legitur in *d. l. pen.* unde hæc transumpta sunt, quàm quod hanc lectionem flagitat manifesta ratio juris.

Legitimo adoptionis modo constitutum] In *d. l pen.* legitur; *legitimo adoptionis nodo constrictum.* Notant hic interpp. duo vincula fortius ligare, quàm unum. Sed aliud significare voluit Iustinianus, nempe concurrente hujusmodi naturali vinculo cum civili adoptionis, cessare metum superioris incommodi.

TEXTUS.

3. *Quum autem impubes per principale rescriptum adrogatur, causa cognita adrogatio fieri permittitur: & exquiritur causa adrogationis, an honesta sit, expediatq; pupillo, & cum quibusdam conditionibus adrogatio fit; id est; ut caveat adrogator personæ publicæ, si intra pubertatem pupillus decesserit, restituturum se bona illis, qui si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent. Item non aliter emancipare eum potest adrogator, nisi causa cognita dignus*

Ministerio de Cultura 2024

gnus emancipatione fuerit: & tunc sua bona ei reddat. Sed & si decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine justa causa emancipaverit, jubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere, videlicet præter bona, quæ ad patrem adoptivum transtulit, & quorum commodum ei postea acquisivit.

NOTÆ.

3. IMPUBES.] Impuberes olim adrogari non potuerunt. Gell. *ubi sup.* nunc autem possunt ex constitutione D. Antonini, Ulp. *tit.* 8. §. 4.

CAUSA COGNITA.] Causæ cognitio olim à collegio Pontificum. Cic. *pro dom.* hodie à magistratu exercetur, adhibito consilio propinquorum & tutoris auctoritate, *l.* 2. *C. eod. l. ult. C. de aucto. præst.* in arrogatione puberum, etiam curatoris, *l.* 8. *D. hoc tit.* quibus in rebus versetur, docet Ulp. *l.* 15. §. *pen. & ult. l.* 17. *per tot. eod.*

UT CAVEAT ADROGATOR.] Satisdato scilicet, id est; datis fidejussoribus: cautio enim hæc non nuda est, sed fidejussoria, *l.* 18. *cum 2. seqq. eod. l.* 2. *C. eod.*

PERSONÆ PUBLICÆ.] Manuscripti, testibus Cujac. Hot. Pac. *Persona publica, id est, tabulario,* Theoph. τῷ δημοσίῳ τῷ σώματι, τουτέστι τῷ ταβουλαρίῳ. Tabulario autem non agnatis: quoniam incertum est, quis tempore mortis pupilli proximior futurus sit, eique ab intestato successurus. Schol. Theophili.

AD SUCCESSIONEM EIUS VENTURI.] Pars hæc cautionis in *d. l.* 18. ita concepta est, *ad quos ea res perventura est*, & in *l.* 19. *seq. ad quos ea res pertinet*, quod & ibid. explicatur.

DIGNUS EMANCIPATIONE.] Et hoc casu quartam, de qua mox, perdit, *l. ult. D. si quid in fraud. patron.*

ET TUNC SUA BONA.] Abusivè, ut sæpè alibi, *pro bona ejus.* impuberis scil. adrogati. Pac.

QUARTAM PARTEM.] Ex constitutione D. Pij, *l.* 8. §. 15. *D. de inoff. test. l.* 1. §. 21. *D. de collat. d. l. ult. si quid in fraud. patron.* Est autem hæc secundùm Gloss. & DD. non omnium bonorum adrogatoris quarta, sed debitæ ab intestato portionis, arg. *l.* 8. §. 8. *de inoff. test.* quod & Græcos sensisse argumento est, quod quadrantem in trientem mutaverunt ex novo jure. Fabrot.

RELINQUERE.] Rectè *relinquere*, ut intelligamus non prius eam deberi, quàm adrogator decesserit, *d. l.* 1. §. 21. *de collat.*

COMMENTARIUS.

1 *In adrogatione impuberum quæ cognoscenda & excutienda.*

2 *Quid cui caveat adrogator, tum ad quos ea res pertineat.*

3 *Virum quarta, quæ vulgò D. Pij, sit quarta pars totorum bonorum adrogatoris, an portionis ab intestato impuberi debitæ, & si hoc, num etiam illa aucta censeri debeat.*

IMpuberes antea adrogari non potuerunt, ut suprà indicavimus; nunc autem possunt ex constitutione D. Antonini, auctore Ulpian. *in fragm. titul.* 8. sed non aliter, quàm causa apud magistratum cognita, *l. si paterfam.* 15. §. 2. *hoc tit. l* 2. *C. eod.* 1
Causæ cognitio in multis vertitur. Primum excutiendum, quæ sint facultates pupilli, quæ ejus, qui eum adoptare volet: deinde cujus vitæ sit & quibus moribus adrogator: tertiò cujus ætatis; an non melius sit, eum de liberis procreandis cogitare, quàm ex aliena familia sibi filium accersere: adhæc num liberos habeat justis nuptijs procreatos, quorum spem sine magna causa diminui non oportet: postremò etiam conjunctio spectatur, nec facilè cuiquam pupillum adrogare permittitur, nisi quem vel naturali cognatione, vel alioqui sanctissima affectione duci appareat, *d. l.* 15. §. 2. *l.* 17. *eodem.* Pleraque tamen hæc capita communia videntur fuisse cum puberum adrogationibus, ut illa de ætate, liberis, moribus & facultatibus adrogatoris. Certè olim apud Pontifices hæc etiam in adrogationibus excussa fuisse arguit locus Ciceronis in *oration. pro dom. Quid*, inquit, *est jus adoptionis, Pontifices? nempe ut is adoptet, qui nec jam procreare liberos possit, & cùm posset, sit expertus, tum ne qua calumnia, fraus aut dolus adhibeatur.* Causa autem nunc cognoscitur à magistratu, adhibito consensu propinquorum pupilli, *l.* 2. *C. eodem*, & tutorum quoque auctoritate, *l. ult. C. de aucto. præst.* In minorum quoque adrogatione post constitutionem Claudij curatoris auctoritas intercedere debet, *l.* 8. *eodem.*

Ut caveat adrogator persona publica.] Hoc propriè servatur in adrogatione impuberis. Caveat; nimirum satisdato, id est, fidejussoribus datis, *l. non aliter* 18. *cum* 2. *seqq. eodem.* Caveat autem non ipsis, ad quos ea res perventura est, sive quod incerti sint, sive quod non omnes sunt ij, qui sibi stipulari possint: sed personæ publicæ, hoc est tabulario sive scribæ curiarum aut magistratuum municipalium, qui alijs stipulando acquirere potest. Servos olim publicos fuisse, constat, *d. l.* 18. 2

l.2.rem.pup. salu, for.l.ult.C.de serv.reip.man. Primi Arcadius & Honorius caverunt ne servi tabulario præficiantur, *l.3.C. de tabul.lib.10.ubi Cujac.* Sed etsi omissa fuerit satisdatio, utilem nihilominus actionem in adrogatorem dari, responsum est, *l.19. §.1.hoc tit.*

Ad successionem ejus venturi essent] Pars hæc cautionis in *d.l.*18. ita concepta est, *ad quos ea res perventura est*, & in *l.*19. *seqq. ad quos ea res pertinet*, quibus verbis significantur non ij tantùm, qui ad successionem impuberis venturi sunt, quales sunt hæredes impuberis, sive illi ab intestato veniant, sive secundis tabulis à patre pupillo dati: sed etiam legatarij & servi, quibus secundis tabulis legata aut libertates datæ: in summa omnes, ad quos aliquid perventurum fuisset, si adrogatus mansisset in suo statu, *dd.ll.* Habet autem hæc cautio locum, si adrogatus impubes decesserit, *l. hac autem 20.eod.* adveniente verò pubertate evanescit, perindeque habetur, ac si jam pubes adrogatus esset: quo casu cautio non est necessaria, cùm quivis pubes sui adhuc juris ipse testamentum facere cognatosque excludere possit, *l.5 qui test. fac.*

Dignus emancipatione] Puta si quid commiserit adversus patrem adoptivum, propter quod meritò è domo ejici aut exhæredari posset. At quæ causa est, quod nihilominus tam impio filio bona sua restituuntur? Hotomannus existimat id constitutum esse ad vitandam omnem improbitatis suspicionem, qua alioqui pater adoptivus facilè onerari posset.

Decedens exhæredaverit] Intelligerem, sine justa causa: nam si justa exhæredationis causa sit, non video cur præter bona sua aliquid recipere debeat, aut plus, quàm cùm ex justa causa emancipatur. Sed obstare videtur responsum *Vlpian. in l.* 8. § *si quis* 15. *de inoff. test.* & objici potest, quod cùm justam causam haberet adrogator, eum vivus non emancipaverit.

Quartam partem] Hæc quarta vulgò D. Pij appellatur; eamque interpretes arbitrantur non esse quartam omnium bonorum adrogatoris, sed tantùm portionis ab intestato impuberi debitæ, nimirum eam ipsam, ejusdemque quantitatis, quæ debetur alijs liberis, *arg.d.l.8.§. quoniam, 8. de inoff. testam.* Et certè nulla dari ratio potest, quamobrem D. Pius meliorem esse conditionem voluerit adoptivorum, quàm naturalium, aut emancipati exhæredativè, quàm ejus, qui sine nota in familia mansit, & hæredis; quem videlicet pater vel instituit, vel ab intestato hæredem reliquit datis fideicommissis, cui præter quartam partem debitæ ab intestato portionis nihil deberi in confesso est. Plerique tamen recentiorum secus sentiunt, propterea quod textus simpliciter loquuntur de quarta bonorum, *l. ultim. si quid in fraud. patro. l.2. C. hoc tit.* Sed responderi potest, etiam quartam portionis ab intestato debitæ ἀναλόγως quartam bonorum dici posse, sicut legitima liberorum, quæ & ipsa quarta pars illius portionis est, quarta bonorum dicitur, *l.6.C. de inoff. test.* vel potius quia ferè unus tantùm adrogari solet, & nemo adrogare, nisi qui liberos non habeat, *l.15. in fin. l.nec ei 17.§. pen. hoc tit.* De illo non convenit inter interpretes qui quartam hanc faciunt partem portionis ab intestato debitæ, an hæc quarta etiam aucta sit *Nov.* 18. Negat Mynsing. sed argumentis parum solidis. Ait, quartam eorum duntaxat *d.Nov.* auctam dici, quibus antea querela inofficiosi testamenti competebat: adrogatio autem non competijsse, *d.l.8.§. si quis 15.* In quo fallitur. Nam certè ante D. Pij constitutionem non minus adrogato impuberi, quàm cæteris querela competit: Divus autem Pius non minuit jus adrogati, sed auxit, ut ei querela jam non sit necessaria, sed proprio & meliori jure quartam sibi debitam obtinere possit, *d.l.8.§. si quis 15.* Hoc & Græcos sensisse, argumento est, quod illi τὸ τέταρτον μέρος, quod Theophilus, ut paraphrastes, hic retinuit, ex novo jure mutaverunt τὸ τρίτον. *Mich. Psell. Synops.* Quod adjicit Mynsing. in correctorijs nullam extensionem admittendam esse, quamvis par ratio subsit, aut etiam major: verum non est, præterquam in ijs constitutionibus, quæ à ratione juris & æquitatis recedunt: qua de re, qui volet, consulat *D. Præs. Everh. in topic. loc.* 79. Itaque verior mihi videtur eorum sententia, qui hanc etiam quartam auctam esse censent, ne pupillo noceat, quod in favorem & commodum eius constitutum est, *D. Bachov. post Pors. & alios hic.*

TEXTUS.

4. *Minorem natu maiorem non posse adoptare, placet: adoptio enim naturam imitatur, & pro monstro est, ut major sit filius, quàm pater. Debet itaque is, qui sibi filium per adoptionem aut adrogationem facit, plena pubertate, id est, decem & octo annis præcedere.*

NOTÆ.

4. MINOREM NATU] Ex *l.15.§. ult.cum l. seq. l.40.§ 1.D.eod.*

NATURAM

NATURAM IMITATUR] Adoptio est æmula naturæ sive naturæ imago, *l.* 23. *D. de lib. & posth.* Auson. *in Cæs. Imitatur adoptio prolem.*

UT MAIOR SIT FILIUS] Cic. *pro dom. sua, Factus es*, inquit, *ejus filius contra fas, cujus per ætatem pater esse potuisti*, similia mox sequuntur, add. Suet. *in Tib. c.* 2.

PLENA PUBERTATE, ID EST, DECEM ET OCTO ANNIS] Pubertatis quidem initium est an. XIV. maturitas anno XVIII. *l.* 40. §. 1. *hoc tit.* Paul. 3. *sent.* 4. atque hac ætate pubescunt etiam *οἱ βραδέως φύοντες*. Theoph. In specie *l.* 14. *pr. D. de alim. leg.* favor est alimentorum.

COMMENTARIUS.

ADoptio naturæ imago & similitudo quædam est, *l. filio* 23. *de lib. & post.* unde cùm alia multa, tum hoc quoque provenit, quod maiorem natu minor adoptare non possit, cùm per naturam filius non possit esse major patre. Qua de causa Clodij adoptionem jure exagitat *Cic. pro dom. Factus es*, inquit, *filius ejus* (Fonteii) *contra fas, cujus per ætatem pater esse potuisti*, & similia mox sequuntur.

Plena pubertate, id est decem & octo annis] *l. adrogato* 40. §. 1. *hoc titulo.* Cur autem octodecim annis? Nam si nuptiæ post annum decimumquartum contrahi possunt, potest & quis filium habere ante hanc ætatem. Sed nimirum quia rarissimè accidit, ut masculi ante annum octavum decimum ad plenam pubertatem perveniant & liberos suscipiant, minor ætas in adoptione insuper habita est, juxta *l.* 3. 4. & 5. *de legib.* Mynsingeri ratio nulla est, id ideò placere, quia in adoptionibus, in quibus res per electionem agitur, firmitate opus sit judicij, quasi non nisi annuculi aut bimuli adoptarentur. Nimirum etsi pubertatis initium est anno 14. *infr. quib. mod. tut. fin.* maturitas tamen demum anno 18. *l. adrogato* 40. §. 1. *hoc tit. Paul.* 3. *sen.* 4. atque hac ætate pubescunt etiam *οἱ βραδέως φύοντες*. Theoph. in specie *l.* 14. *pr. de alim. leg.* est favor alimentorum.

TEXTUS.

5. *Licet autem & in locum nepotis vel neptis, pronepotis, vel proneptis, vel deinceps, adoptare, quamvis filium quis non habeat.*

NOTÆ.

5. IN LOCUM NEPOTIS] Ex Paulo *l.* 37. *hoc tit.* Ulp. *tit.* 8. §. 6.

QUAMVIS FILIUM NON HABEAT] Sufficit enim habere filium posse, & per ætatem ex eo nepotem: non enim actus, sed naturalis potestas inspicitur.

COMMENTARIUS.

QUamvis filium quis non habeat] *l. adoptare* 37. *l. adoptiones* 43. *hoc titulo.* Dixeris, hoc pugnare cum eo, quod ante dictum est, adoptionem imitari naturam: Natura enim fieri non posse, ut quis nepotem habeat, qui filium non habet. At, inquam, sufficit habere posse; hoc est, ejus me ætatis esse, ut & filium & ex filio nepotem ea ætate habere potuerim, qua est is, quem filium adoptare volo. Nam & qui uxorem non habet, filium adoptare potest; quamvis sine uxore pater esse non possit, *l. & qui* 30. *eod.* Duplex igitur hic fictio est. De duplici fictione circa idem vid. *Vauid.* 2. *quæst.* 4.

TEXTUS.

6. *Et tam filium alienum quis in locum nepotis adoptare potest, quàm nepotem in locum filij.*

NOTÆ.

6. FILIUM ALIENUM IN LOCUM NEPOTIS] Neque enim necesse est, ut qui adoptatur, eundem ordinem gradumque, quem apud patrem naturalem habet, servet apud patrem adoptivum. Theophil. exempli causa, qui filius est patri naturali, nepos fieri potest patri adoptivo, & contra.

COMMENTARIUS.

CUi filius est patri naturali, potest per adoptionem nepos fieri patri adoptivo, & contra. Nam, ut benè Theophilus, necesse non est, ut qui adoptatur, eundem ordinem gradumque quem apud patrem naturalem habet, servet apud patrem adoptivum.

TEXTUS.

7. *Sed si quis nepotis loco adoptet vel quasi ex filio, quem habet jam adoptatum, vel quasi ex illo, quem naturalem in potestate habet, eo casu & filius consentire debet, ne ei invito suus hæres agnascatur. Sed ex contrario si avus ex filio nepotem det in adoptionem, non est necesse filium consentire.*

NOTÆ.

7. SI QUIS NEPOTIS LOCO] Ex Paulo *l.* 6. *& l.* 11. *eod.*

QUASI EX FILIO] Quasi ex filio puta L. Titio: nam si simpliciter adoptio fiat, sive tanquam ex incerto filio, filij consensus non desideratur, *l.* 43. *& l. seq. eod.*

NE EI INVITO SUUS HÆRES] Eadem ratione & nepoti uxorem ducenti etiam filius consentire debet, *l.* 16. §. 1, *D. de rit. nupt.*

NON EST NECESSE FILIUM CONSENTIRE] Quia nepos ex filiofam. non in patris sui, sed avi potestate est.

COMMENTARIUS.

Filius consentire debet] Nimirum si nepos adoptetur quasi ex Lucio filio, verbi causa, natus. Nam si simpliciter adoptetur & tanquam ex incerto filio, nullius consensus desideratur: quia tunc cessat ratio juris, quæ consensum requirit, de qua mox, *l. adoptiones* 43. *& seq. hoc tit.* Quid ergo, si nepotem adoptem tanquam ex Lucio filio meo natum; isque filius meus auctor non fuerit? an hæc adoptio planè nulla erit? an perinde habendum, ac si simpliciter facta fuisset? quod magis probo cum D. Contio 1. *subcæs. lect. in fin. arg. l.* 11. *hoc tit.* Nam cùm Iurisconsultus ipi de proposita specie hoc saltem respondeat, me mortuo non fore nepotem in potestate filij, satis indicat adoptionem quoad cætera valere.

Ne ei invito] *l.* 6. *eod.* Non videbatur consensus filij exquirendus propter jus potestatis, quod summum pater in filium habet. Sed nimirum vis adoptionis seu agnatio sui hæredis in id tempus confertur, quod patre mortuo filius jam sui juris & paterfam. factus est.

Non necesse est filium] Quia nimirum nepos non in patris sui, sed in avi potestate est. Potestatis autem tanta vis fuit apud Romanos, ut avus nepotem inconsulto filio, tametsi id durum est, alij in adoptionem dare potuerit.

TEXTUS.

8. *In plurimis autem causis adsimilatur is, qui adoptatus vel adrogatus est ei, qui ex legitimo matrimonio natus est, & ideò si quis per Imperatorem, vel apud prætorem, vel præsidem provinciæ non extraneum adoptaverit, potest eundem in adoptionem alij dare.*

NOTÆ.

8. NON EXTRANEUM] Hoc consulto additum propter *l. pen. C. hoc tit.* §. 2. *sup. eod.*

IN ADOPTIONEM ALII DARE] Eodem jure, quo id permissum patri naturali.

COMMENTARIUS.

IN principio hujus tituli dixit, non solùm naturales liberos in potestate nostra esse, sed etiam eos, quos adoptavimus: unde sequitur, quemadmodum illi in adoptionem alij dari possunt, ita & hos posse. In adrogatione nihil mutatum; ac ne in adoptione quidem in specie sic dicta, quando non adoptatur extraneus. At cùm extraneus adoptatus est, is alij rursus in adoptionem dari non potest: cùm ex constitutione Iustiniani nihil juris in hunc pater adoptivus habeat, *l. pen. C. hoc tit.* §. 2. *sup. eod.* eamque ob causam verba hæc à Triboniano hic addita sunt, *non extraneum.*

TEXTUS.

9. *Sed & illud utriusque adoptionis commune est, quod & ij, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt; castrati autem non possunt.*

NOTÆ.

9. QUI GENERARE NON POSSUNT] Propter virium temporale & sanabile, ex Caio *l.* 2. §. *eod.*

QUALES SUNT SPADONES] Quia hi sublato vitio corporis liberis procreandis operam dare possunt, *d. l.* 2. §. 1 *l.* 40. §. 1. *eod.* & ideò uxorem quoque possunt ducere, *l.* 39. §. 1. *de jur. dot.* natura enim magis in homine generandi & consuetudo spectanda est, quàm temporale vitium, *l.* 9. *D. de*

Ministerio de Cultura 2024

D. de lib. & post. Spadones, οἱ ψύξιν τῶν γονίμων μορίων ὑπεστάντες. *Gloss. jur.* Inter spadonum appellatione etiam castrati comprehenduntur, *d. l. 39. §. 1. de jur. dot. l. 128. de verb. sign.* & ibi Alciat.

CASTRATI NON POSSUNT] Neque enim in testes vim genitalem affundere queunt; neque remedio in his locus. Leo tamen permisit *Novell. 26.*

COMMENTARIUS.

QUI generare possunt] Id est, qui propter vitium aliquod, quod tamen sanabile sit, procreare non possunt: quales hic perhibentur esse spadones: qua quidem appellatione nonnunquam & castrati continentur, id est, intestes, alijque, quibus vis generandi in totum adempta, ut in *l. si serva 39. §. 1. de jur. dot. l. 4. §. 2. ad leg. Corn. de sic. l. spadonum 28. de verb. sign. ubi Alciat.* Cæterum non rarò & in specie accipitur, atque ad eos coangustatur, qui ob impedimentum temporale, & quod tolli queat, generare non possunt. Ita usurpatur à Pom. *l. 6. §. 3. 2. de ædil. edict. à Marcian. l. 14. § ult. de man. vind.* itemque à Cajo *l. 2. §. 1. hoc tit.* Glossæ juris: Spadones, οἱ ψύξιν τῶν γονίμων μορίων ὑπεστάντες. Imperator Leo etiam castratis adoptare permisit, ut injuriam illis illatam hoc solatio compensaret, *Nov. 26. & seq.*

TEXTUS.

10. *Fœminæ quoque adrogare non possunt, quia nec naturales liberos in sua potestate habent: sed ex indulgentia Principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt.*

NOTÆ.

10. FŒMINÆ] Fœminæ adoptari semper potuerunt, adrogari non semper, *l. 21. eod.* adrogare aut adoptare nunquam.

EX INDULGENTIA PRINCIPIS] *l. 29. §. 3. D. de inoff. test. l. 8. C. hoc tit.* non tamen ut filium habeant in potestate, sed ut solatium orbitatis & hæredem.

AD SOLATIUM LIBERORUM AMISSORUM] Leo simpliciter id fœminis permisit, etiam virginibus. *Nov. 26. & 27.* quæ in Oriente recepta, & constat ex Harmenop. *lib. 2. tit. 8. §. 4.*

COMMENTARIUS.

ADrogatio & adoptio jure veteri in eo discrepabant, quod fœminæ adrogari non poterant: quia, ut suprà diximus, adrogatio auctore populo in comitijs fiebat, quorum nulla cum fœminis communio. Adoptari autem non vetabantur. Nunc verò ex rescripto Principis etiam adrogari possunt, *l. 21. hoc tit.* Adrogare autem vel adoptare nec olim poterant, nec nunc possunt. Ratio redditur à Iustiniano, quia nec naturales liberos in potestate habent: quasi diceret, absurdum esse, ut majorem vim habeat fictio, quàm rei veritas; adoptio, quàm natura. Claudicare tamen videtur hæc ratio in extraneo adoptante, in cujus potestate licet adoptatus non sit, tamen constat adoptio ex constitutione Iustiniani *§. 2. sup. eod.*

Ex indulgentia Principis] *l. si suspecta 29. §. quoniam de inoff. test.* non tamen ut filium habeant in potestate, sed ut solatium orbitatis & hæredem. Duobus igitur casibus filios tantùm facit adoptio; si fœmina jussu Principis adoptaverit; item si extraneus à patre naturali filium in adoptionem acceperit. Cæteri fiunt filijfam.

Ad solatium liberorum amissorum] Transcriptum hoc ex *l. 5 C. eod.* & de viduis haud dubiè intelligendum: neque enim nuptis concedendum existimo, ut seorsum sibi liberos adoptent. Imp. Leo & sine hac conditione fœminis adoptare permisit, etiam virginibus. *Nov. Leon. 27.* quæ in oriente recepta, *Harmenop. lib. 2. tit. 8. §. 4.*

TEXTUS.

11. *Illud proprium est adoptionis illius, quæ per sacrum oraculum fit, quod is, qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit, non solùm ipse potestate adrogatoris subjicitur, sed etiam liberi ejus fiunt in ejusdem potestate, tanquam nepotes. Sic etenim D. Augustus non antè Tiberium adoptavit, quàm is Germanicum adoptasset; ut protinus adrogatione facta inciperet Germanicus Augusti nepos esse.*

NOTÆ.

11. PER SACRUM ORACULUM] Per Principem, *l. 2. eod.* per Principis rescriptum, *l. 6. C. eod.* Periphrasis est adrogationis.

SED ETIAM LIBERI EIUS] *l. 15. l. 40. eod.* nimirum tanquam sequela, & una cum patre adrogato capite minuuntur, *l. 3. D. de cap minut.* quod in adoptione non similiter contingit *leg. 28. hoc tit.*

NON ANTE TIBERIUM] Sueton. in *August. cap. 19.*

Ministerio de Cultura 2024

cap. 19. in Tib. cap. 15. in Calig. cap. 4. Tac. *ann. 1 & 4.* Simile exemplum habemus apud Capitol *in Anton.*

COMMENTARIUS.

QUod hoc §. proponitur, proprium effectum est adrogationis; nempe non solum eum, qui adrogatur, transire in potestatem patris adoptivi: sed etiam liberos, qui in ejus potestate erant, tanquam nepotes, *l. adrogato 40. eod.* In adoptione autem hoc non similiter contingit, in qua is tantum transit, qui adoptatur, non etiam liberi ejus. Ratio differentiæ in promptu est: nam in adoptionem dantur filijfam. quorum liberi sunt in potestate alterius, nempe ejus, qui in adoptionem dat: ideoque etiam in illius potestate remanent, *l. liberum 28. eod.* Adrogantur autem patresfam. qui cùm ipsi liberos suos in potestate habeant, nihil mirum, si secum etiam illos in familiam & potestatem alienam transferant, *l. pen. §. 2. de bon. poss. sec. tab.*

Quam is Germanicum adoptasset] Dubitaverat Augustus Germanicum sororis nepotem & cunctis laudatum rei Romanæ imponere: sed precibus uxoris evictus Tiberio Germanicum, sibi Tiberium adscivit, auctor Tacit. 4. *annal. & Sueton. in Tib. c. 15.* scribit, Tiberium prius coactum fuisse Germanicum adoptare, quam ipse ab Augusto adoptaretur. Simile exemplum habemus apud *Capitolin. in Antonin.*

TEXTUS.

12. *Apud Catonem benè scriptum refert antiquitas, servos, si à domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari. Unde & nos eruditi in nostra constitutione etiam eum servum, quem dominus actis intervenientibus filium suum nominaverit, liberum esse constituimus: licet hoc ad jus filij accipiendum non sufficiat.*

NOTÆ.

12. CATONEM] Credo intelligi M. Catonis principis Portiorum familiæ filium, *vid. l 2. §. 38. D. de orig. jur.* Gell. *lib. 13. cap. 18.*

POSSE LIBERARI] Inutilis itaque adoptio hic vim manumissionis habet.

CONSTITUTIONE NOSTRA] *l. unic. §. simili quo modo. C. de Lat. lib. toll.*

ACTIS INTERVENIENTIBUS] Id est, apud acta, testato coram magistratu; non si extra judicium filij nomine servum suum benignè compellans. Fabrot.

COMMENTARIUS.

APud *Catonem*] Parum refert, apud Marcúmne Catonem, Principem familiæ Porciæ, hoc scriptum fuerit, an apud filium ejus. Ambo sanè & Iurisconsulti fuere, & libros de jure civili reliquerunt, filius etiam plurimos, teste Pomp. *l. 2. §. post hos 38. de orig. jur.*

Ex hoc ipso liberari] Satis apparet, his verbis Iustinianum significare velle, servos à domino adoptatos non jus filiorum, sed libertatem duntaxat consequi: atque inutilem quidem esse hanc adoptionem, sed vim tamen manumissionis habere. Nec dissimile admodum est, quod Ulpian. scribit, inutilem acceptilationem habere vim pacti sive utile pactum, *l. 8. de accept.*

Nostra constitutione] *l. un. C. de Lat. lib. toll.*

Actis intervenientibus] Id est, apud acta, coram magistratu. D. Hotomannus putat, necesse esse, ut dominus servum ad magistratum deducat, & testato denuntiet, se velle eum pro filio habere, utque acta super eo conficiantur.

TITULUS XII.

Quibus modis jus Patriæ potestatis solvitur.

Ratio ordinis & summa tituli.

MOs hic est perpetuus Iurisconsultorum, ut expositis ijs, quæ ad constitutionem alicujus rei valent, subjiciant contraria, sive ea, quæ ad ejus imminutionem aut dissolutionem pertinent. Itaque cùm hactenus visum sit, quibus modis jus patriæ potestatis constituitur, rectè nunc subjiciuntur modi, quibus jus illud solvitur. Ejuscemodi autem septem ferè hoc titulo proponuntur: mors patris aut avi; deportatio; servitus pœnæ; dignitas patriciatus; captivitas; emancipatio; adoptio.

TEXTUS.

Videamus nunc, quibus modis ij, qui alieno iuri sunt subjecti, eo iure liberentur. Et quidem quemadmodum liberentur servi à potestate dominorum, ex ijs intelligere possumus, quæ de servis manumittendis superius exposuimus. Hi verò, qui in potestate parentis sunt, mortuo eo sui iuris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit: nam mortuo

patre

patre, sanè omnimodo filij, filiæve sui juris efficiuntur : mortuo verò avo, non omnimodo nepotes, nepotésve sui juris fiunt : sed ita, si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non sunt. Itaque si moriente avo pater eorum vivit, & in potestate patris sui est, tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt. Si verò is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus est, aut per emancipationem exiit de potestate patris, tunc ij, qui in potestatem ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.

NOTÆ.

Ius patriæ potestatis] Abest *patriæ* à vet. cod. teste Fabrot. & Theoph. simpliciter τοῦ πεξέτιον.

Mortuo eo sui iuris] Cùm paterfam. moritur, quotquot capita ei subjecta fuerunt, singulas familias incipiunt habere, singuli enim patrumfam. nomen subeunt, etiamsi pupilli sint & infantes, *l.* 195. §. 2. *D. de verb. sign.* quod notandum.

Mortuo Patre] Intellige, in cujus potestate filij erant : nam si ipse pater sit in potestate patris sui, eo moriente liberi ejus non fiunt sui juris, sed remanent in potestate avi sui, cui & quasi agnascendo fiunt sui hæredes, §. 2. *inf. de exhær. lib.*

Recasuri non sunt] Nepotes ex filio, mortuo avo, solent in potestatem patris sui recidere, *l.* 5. *D. de his qui sui vel al. jur.* sed hoc ita, nisi ipse pater aut mortuus sit jam antè, aut emancipatus à patre suo, *l.* 41. *D. de adopt.* Ulp. *tit.* 10. §. 1. Caius 1. *inst. tit.* 6.

Per emancipationem exiit] Hoc Glossema esse ex libr. vet. notant Cujac. Hot. Fabrot. nam & alijs modis exire de potestate potest, nec Theoph. agnoscit.

COMMENTARIUS.

Mortuo eo sui juris fiunt] Quum paterfamil. moritur, quotquot capita ei subjecta fuerunt, singulas familias incipiunt habere : singuli enim patrumfam. nomen subeunt, *l. pronuntiatio* 195. §. 2. *de verb. sign.*

Mortuo patre sanè omnimodo] Mortuo nimirum patre, in cujus potestate filij erant. Nam qui in avi sui, non in patris potestate sunt, mortuo patre non efficiuntur sui juris ; sed in potestate avi sui remanent, adeoque quasi agnascendo avo suo fiunt sui hæredes, §. 2. *inf. de exh. lib. l.* 13. *de injust. rupt. testam.*

In potestatem patris sui recasuri non sunt] Nepotes ex filio mortuo avo recidere solent in potestatem filij, hoc est, patris sui, *l.* 5. *de his qui sui vel al. jur.* Sed hoc non est perpetuum. Nam si quo tempore avus moritur, pater eorum aut jam mortuus sit, aut per emancipationem exierit de potestate patris sui, nepotes in potestatem patris sui non recidunt, sed sui iuris fiunt. Quin etiam sufficit semel exiisse. Finge filium, quem pater adoptaverat, in potestatem patris sui revertisse, puta à patre adoptatum esse, nepos retentus post mortem avi non recidit in potestatem patris sui, sed omnimodo sui juris efficitur, *l. pater* 41. *de adopt.* Hi, quos dignitas suæ potestatis facit, iura legitima intacta retinent, eorumque filii post mortem avorum in eorum potestatem revertuntur, *Nov.* 81. *cap.* 2.

TEXTUS.

1. *Cùm autem is, qui ob aliquod maleficium in insulam deportatur, civitatem amittit : sequitur, ut qui eo modo ex numero civium Romanorum tollitur, perinde quasi eo mortuo, desinant liberi in potestate ejus esse. Pari ratione & si is, qui in potestate parentis sit, in insulam deportatus fuerit, desinit esse in potestate parentis. Sed si ex indulgentia Principis restituti fuerint per omnia, pristinum statum recipiunt.*

NOTÆ.

1. In insulam deportatur] Deportatio in insulam in locum aquæ & ignis interdictionis successit, *l.* 2. § 1. *D. de pœn. l.* 3. *D. ad leg. Iul. pecul. l. pen. in fin. de extraord. cogn.* Brisson. *lib.* 3. *sel. antiq. cap.* 5.

Civitatem amittit] Unde deportari dicuntur peregrini, *l.* 6. §. 1. *D. de hær. inst. l.* 1. *C. eod.* & ἀπόλιδες, *l.* 1. §. 3. *de legat.* 3. *l.* 17. *D. de pœn.*

Ut qui eo modo ex numero, &c.] Constructio constabit, si cum Hotom. legas, *ut eo, qui eo modo ex numero civium tollitur, perinde quasi mortuo*, &c.

Quasi mortuo] Nam intereunt homines non solùm morte, sed etiam maxima & media capitis deminutione, *l.* 63. §. *pen. D. pro soc.* quæ ob id vulgò mors civilis.

Pari ratione] Nam non magis civis Rom. peregrinum in potestate habere potest, quàm peregrinus civem. Ulp. *tit.* 10. §. 1.

Ex indulgentia restituti] Nempe pleniſſimè & in integrum, *leg.* 1. *Cod. de Sent. pass.*

nam simplex & generalis restitutio pœnæ tantum gratiam facit, & reditum in patriam concedit, *l.* 2. 6, 9. *C. eod.* Cujac.

COMMENTARIUS.

IN *insulam deportati*] Etiam deportatione patriæ potestas solvitur : nam cùm hæc potestas propria sit civium Romanorum §. 2. *sup. de patr. pot.* fieri non potest , ut qui civis Rom. non sit, filium habeat in potestate. Deportatio autem est capitis minutio , qua qui afficitur, in numero civium esse desinit, §. 2. *inf. de cap. dem.* ubi plura dicemus.

Perinde quasi eo mortuo] Nam intereunt homines non solùm morte, verùm etiam maxima & media capitis deminutione , *l. verum* 63. §. *pen. pro soc. l.* 1. § *filium* 8. *de bon. poss. cont. tab.* quæ ob id vulgò mors civilis dicitur. Vitiosam autem apparet esse hujus loci constructionem : quæ constabit , si cum D. Hotom. legamus ; *ut eo , qui eo modo ex numero civium tollitur perinde quasi mortuo* , &c. transposito videlicet posteriore *eo*.

Pari ratione] Nihil hic interest, filius deportatus sit, an pater : neque enim magis civis Romanus peregrinum in potestate habere potest, quàm peregrinus civem Romanum. *Vlp. tit.* 10. §. 2. *Theophil. hic.*

Ex indulgentia Principis restituti] Nempe plenissimè & in integrum, *l.* 1. *C. de sent. pass.* Nam simplex & generalis restitutio pœnæ tantùm gratiam facit, reditumque in patriam concedit , add. *l.* 2. 6. 9. *C. d. tit. & D. Tuld. C. ibid. Christ. vol.* 4. *decis.* 208.

TEXTUS.

2. *Relegati autem patres in insulam in potestate liberos retinent, & liberi relegati in potestate parentum remanent.*

NOTÆ.

2. RELEGATI] *l.* 4. *l.* 7. §. 3. *D. de interd. & rel.* Relegatio igitur est exilium salvo jure civitatis , aliquando tamen exilio opponitur. Ovid. 5. *de tristib. Ipse relegati, non exulis utitur in me Nomine.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur deportati cives esse desinant , relegati non item.*
2 *Quo numero apud nos habendi banniti, seu quibus provincia interdictū est, & damnati ad triremes.*

RElegati sive in insulam , sive simpliciter certis provincijs interdicti omnia sua jura retinent : nec refert, in perpetuum, an ad tempus relegentur , *l.* 4. *l.* 7. §. 3. *de interd. & rel.* Sed & bona sua omnia retinent , nisi parte bonorum nominatim adempta in perpetuum relegentur , *d. l.* 4. *d. l.* 7. §. *ad tempus.* Quæ autem ratio est, quod deportati hæc omnia cum civitate amittant , relegari non item ? Diversitas intelligi poterit ex verbis sententiæ & forma executionis. Nam deportati, perpetuo exilio mutilati, jubebantur compedibus vincti & navigio impositi à servis publicis constitutam in solitudinem avehi : quæ condemnatio eos manifestè ad peregrinitatem redigit, & ἀπόλιδας, facit, *l. sunt quidā* 17. §. 1. *de pen.* Relegatis autem dies præstituebatur, inter quem exercerent. Moris enim erat ita pronuntiari; *Illum provinciâ illâ insulisque relego : excedereq; debebit intra illum diem , d. l.* 7. §. *his qui* 17. *de int. & rel.* quæ sententia existimationem quidem civis minuit, sed non consumit, aut caput eximit de civitate, *l.* 5. §. 2. *de extr. cogn.* Nomen exilij commune est, exulesque non deportati solùm, sed & relegati atque interdicti appellantur , *l.* 4. *l.* 5. *de interd. & rel. l.* 4. *de pœn. l. tutor* 28. §. 2. *& l. seq. de excus.* quippe omnes extra solum missi , sive solo patrio expulsi, unde exulem dici, auctores sunt Festus , Nonius & Quintil. *declam.* 336. Plerumque tamen & quasi propriè exilium de deportatione dicitur , quasi exilium propriè non sit, cùm jus civitatis retinetur, *l.* 2. *de publ. jud.* Hinc & Ovidius se non exulem esse scribit, sed relegatum, *lib.* 2. *& 5. de tristib.* Quod ad jus harum regionum attinet, plerique existimant , eos, quorum bona apud nos publicantur adjuncta provinciæ interdictione perpetua, similes deportatis habendos esse. Quibus autem ad tempus provinciæ vel civitatis alicujus finibus interdicitur, relegatis comparandos. Idemque statuendum simili distinctione adhibita de damnatis ad triremes, *Christin. vol.* 5. *decis.* 52. *in fin. Gudelin.* 5. *de jur. noviss. c.* 15.

TEXTUS.

3. *Pœna servus effectus filios in potestate habere desinit. Servi autem pœna efficiuntur qui in metallum damnantur, & qui bestijs subjiciuntur.*

NOTÆ.

3. POENÆ SERVUS EFFECTUS] Vel alio modo libertate amissa , §. 1. *inf. de cap. demin.* nam qui unà cum civitate libertatem amittunt , vel magis

magis pro mortuis habendi, quàm civitatem tantum, *l. servitutem 209. de reg. jur.*

QUI IN METALLUM, &c.] Vid. *l. 8. §. 4. 6. 11. l. 17. D. de pœn.* Cujac. *13. obs. 13.* Pet. Fab. *2. semest. 11.* Tertull. *Apolog. c. 12. In metallum Christiani damnabantur, aut hostijs subjiciebantur.* Iure noviss. servitus pœnæ sublata. *Nov. 22. c. 8. auth. sed hodie C. de don. int. vir.*

QUI BESTIIS SUBJICIUNTUR] Passim ad bestias damnari, & dati dicuntur, *οἱ τοῖς θηρίοις ἐκ καταδίκης δεδομένοι.* Dio *lib. 58.*

COMMENTARIUS.

SI is, qui civitatem retenta libertate amittit, liberos in potestate habere desinit, & mortui loco habetur; quanto magis, qui cum civitate simul & libertatem? Servitutem enim vel maximè mortalitati veteres comparabant, *l. quod attinet l. servitutem 209. de reg. jur.*

Pœna servus] Pœnæ servus dicitur qui non alium dominum habet, quàm ipsam quodammodo pœnam, cui addictus est. Ideoque si quid tali servo legatum sit, pro non scripto esse, quasi non Cæsaris servo datum, sed pœnæ, Marcian. respondit, *l. sunt quidam 17. de pœn.* Cæterum non solum servitute pœnæ, cujus solius hic fit mentio, verum etiam quovis alio genere servitutis patria potestas solvitur, puta si liber homo major 20. annis ad pretium participandum se venundari passus sit; aut si libertus ingratitudinis convictus redigatur in potestatem domini, *§. 1. inf. de cap. dem.* Quo minus qui ab hostibus capiuntur, huc pertineant, facit jus postliminij & lex Cornelia testamentaria, *§. si ab hostibus inf. eod.*

Qui in metallum damnantur] In metallum vel in opus metalli damnari dicuntur, qui ad effodiendum metallum, cujus varia sunt genera, damnantur: quanquam inter eos, qui in metallum, & eos qui in opus metalli damnantur, differentia est in vinculis, quod huc non pertinet, *l. 8. §. 4. & 6. de pœn.* Diversa pœna fuit eorum, qui in opus publicum dari dicuntur, *l. ult. de effract.* Hi enim civitatem duntaxat amittebant libertate salva, *l. 17. §. 1. d. tit.* quibus hodie nonnulli comparant, qui ad triremes damnantur.

Qui bestijs subjiciuntur] Hi sunt, qui passim ad bestias damnati & ad bestias dati dicuntur (Dio. *lib. 58. τὰς ποῖς θηρίοις ἐκ καταδίκης δεδομένας* appellat) & statim consumuntur, hoc est, statim post damnationem feris objiciuntur. Sunt & qui damnati non statim consumuntur, sed populi voluptatibus reservantur, qui tamen & ipsi servi & pœnæ sunt: quales sunt, qui damnantur in ludum sive venatorium sive gladiatorium, *d. l. 8. §. quicunque 11. de pœn. l. 1 l. un. C. Theod. ad leg. Fab.* de quo vid. *Bud. in annot. poster. Cujac. 13. obs. 10. Pet. Fab. 2. semestr. 11.* Postremo omnes, qui in ultimo supplicio damnantur, confestim pœnæ servos fieri existimo, hoc nimirum effectu, ut statim libertatem & civitatem perdant, *arg. l. 12. l. qui ultimo 29. de pœn. l. 6. §. etsi 6. de injust. nupt. test.* Iure noviss. servitus pœnæ sublata est, *Nov. 22. c. 8. auth. sed hodie C. de don. int. vir. & ux.* cujus rei effecta ibid. notant DD.

TEXTUS.

4. *Filiusfamilias si militaverit, vel si senator, vel consul factus fuerit, remanet in potestate patris: militia enim vel consularis dignitas de patris potestate filium non liberat. Sed ex constitutione nostra summa patriciatus dignitas illicò imperialibus codicillis præstitis filium à patria potestate liberat. Quis enim patiatur patrem quidem posse per emancipationis modum potestatis suæ nexibus filium liberare: imperatoriam autem celsitudinem non valere eum, quem patrem sibi elegit, ab aliena eximere potestate?*

NOTÆ.

4. SI MILITAVERIT] *l. 35. de rit. nupt. l. 5. & 6. de castr. per l. 7. C. de patr. pot.*

SENATOR] *l. 18. in fin. D. judic. l. ult. de hor. pet.* Quint. *declam. 286.*

CONSULARIS DIGNITAS] *lib. 1. §. ult. de sen. Mac.* Dion. Halic. *c. l. 2.* sed hodie liberat. *Nov. 81.* ubi & aliæ dignitates excipiuntur, *in pr. c. 1. & 3.*

SUMMA PATRICIATUS DIGNITAS] Summa non quidem gradu, nam consulatus major est, sed quia ad magnitudinem accedit dignitatis perpetuitas, Baro Con. extat constitutio in *l. ult. C. de consul. lib. 12. add. l. 3. C eod.*

CODICILLIS PRÆSTITIS] Principes per codicillos, id est, diplomata sive literas honores deferebant, *l. 41. D. de exc. tut. l. 12. C. de dign.* Suet. *Claud. cap. 29.* Synes. *epist. 127.*

QUEM SIBI PATREM ELEGIT] Cassiod. in formula *patriciatus.* Imperatores Constantinopolitani soliti erant ex senatoribus, qui curulibus magistratibus functi erant, sibi consiliarios & quasi patres legere, quos patricios dici placuit, quasi patres communis Reip. Suid.

COMMENTARIUS.

1 *Patricij sub Impp. Constantinopolitanis qui dicti.*

Si militaverit] Milites multis privilegijs & prærogativis à Principibus donati sunt: nexu tamen patriæ potestatis jure sacramenti eos solvi noluerunt, *l.3.C.de castr.pec.l.7.C.de patr. pot.* Observandum obiter, militiam speciem quandam fuisse dignitatis, atque inde factum, ut omnia ferè officia, etiam civilia, militiæ postmodū dictæ sint.

Vel si senator vel consul] Non obstat huic loco, quod dicitur in l.antepen. de his qui sui vel al.jur. in publicis causis filiumfa. haberi, veluti ut magistratum gerat, &c. hoc enim non significat filium consulatu aliove munere publico liberari patria potestate: sed patriam potestatem non obstare, quominus consul puta, aut prætor creetur, omniaque munia magistratus sui obeat etiam repugnante patre, atque adeo etiam adversus patrem, *l.13.in fin.& l.seq ad sen.Treb.* Nonnihil huc faciunt, quæ scribit *Gell. 2.noct. Attic.2.*

Ex nostra constitutione] *l. ult.C.de consul. lib.12.* Non tamen à Iustiniano hoc primùm constitutum videri potest, cùm & apud Cassiodorum, qui ante Iustinianum sub Theodorico Gothorum rege vixit, in form. *Patriciatus*, hoc scriptum sit; *Leges*, inquit, *tantam patricijs dignitatem detulerunt ut in sacris positus, cum hoc fuerit honore præcinctus, paterna potestatis nexibus exuatur.* Quod autem Iustinianus in *d. const.* patriciatui tribuit, id postea produxit etiam ad alias dignitates, & ad eas omnes quæ à curia liberant: nominatimque idem jus concessit consulatui, præfecturæ prætorianæ, præfecturæ urbicæ, præturæ, magisterio militum, & denique episcopatui, *Nov.81.in pr.c.1.& 3.*

Summa patriciatus dignitas] Stante rep. patricij dicebantur, qui eorum senatorum progenies erant, quos Romulus creaverat. Antiquissimæ quoque cujusque senatoriæ familiæ liberi ætate Livij patricij appellabantur. Verum longè aliter patricij in constitutionibus recentiorum Impp. accipiendi sunt. Nam translato Constantinopolin Imperio cœpere Principes ex senatoribus, qui curulibus magistratibus, functi erant, sibi consiliarios & quasi patres legere, quos patricios dici placuit, quasi patres communis reip. auctore Suida. Atque ex eo tempore patriciatus nomen esse cœpit supremi consilij.

Codicillis præstitis] Codicilli apud Latinos inter alia significant diplomata sive literas Principales, quibus honores mandantur, ut apud Sueton *in Claud.c.29.29. & in l.administrantes 41.pr. de excus. tut leg.12.C.de dign.* uti & hoc loco.

Quem sibi patrem elegit] Patricij Impp. Constantinopolinanis parentum loco erant: quæ parentis appellatio Claudiano lepidi joci materiam tribuit. Is enim in Eutropium patricium, cujus bona publicata & in fiscum coacta erant, sic ludit;

Direptas quid plangis opes, quas natus habebit?
Non aliter poterat Principis esse pater.

Quorum versuum hic sensus est Eutropium æquo animo adversum fortunæ casum bonorumque suorum publicationem ferre debere, cum eo modo ad Principem, qui ei filij loco fuerit, & cujus ipse parens appellatus sit, ea pervenerint. Extat constitutio Impp. Arcadij & Honorij in *C.Theod.tit.de pœn.* quia hic Eutropius in insulam Cyprum; quo bonis publicatis & adempta dignitate relegatus erat, deportari jubetur.

TEXTUS.

5. *Si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet jus liberorum, propter jus postliminij: quia hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt: idcirco reversus etiam liberos habebit in potestate: quia postliminium fingit eum, qui captus est, in civitate semper fuisse. Si verò ibi decesserit, exinde ex quo captus est pater, filius sui juris fuisse videtur. Ipse quoque filius, neposve, si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus propter jus postliminij, ius quoque potestatis parentis in suspenso esse. Dictum autem est postliminium à limine, & post. Unde eum, qui ab hostibus captus est, & in fines nostros postea pervenit, postliminio reversum rectè dicimus. Nam limina sicut in domo finem quendam faciunt, sic & imperij finem esse limen veteres voluerunt. Hinc & limen dictum est, quasi finis quidam & terminus. Ab eo postliminium dictum est, quia ad diem limen revertebatur, quod amiserat. Sed & qui captus victis hostibus recuperatur, postliminio redisse existimatur.*

NOTÆ.

5. PENDET IUS LIBERORUM] In pendenti, in incerto est, *l. ultim. de sen. Mac. l.12. §.1.de capt. & postl.* non igitur tam captivitate patria potestas

testas amissa restituitur, quàm liberi finguntur in potestate etiam tempore captivitatis mansisse. Ulp. *tit.* 10. §. *pen.* Boët. *in top. Cic.*

PRISTINA IURA] Puta civitatem, familiam, bona sive eorum dominium, *l.* 5. §. 1. *l.* 22. §. 1. *de capt. & postl. rev.* Quæ autem facti sunt, qualis est possessio, postliminio non continentur, *l.* 19. *ex quib. caus. maj.* Sicut autem postliminio reversus jura recipit, ita & in ipsum jura restituuntur, *l.* 6. *d. l.* 12. §. 3 *de capt. & postl.*

IN CIVITATE SEMPER FUISSE] Non est levis momenti hæc fictio. Pone filium medio tempore quædam acquisiviſse: hæc pater reversus ob hanc fictionem tanquam sibi quæsita occupare poterit jure peculij, etiam defuncto pridem filio, *l. pen. de suis & legit.* Alia effecta vid. *in l.* 1. § *ult. de sen. Mac. l.* 6 §. *ult. D. de tutel. l.* 22. §. 1 *de capt & postl. l.* 13. *eod.*

EXINDE EX QUO CAPTUS] Hæc fictio est legis Corneliæ, *l.* 12. *D. qui test. fac.* §. *ult. infr. quib. non est perm. fac. test.* eaque in omnibus partibus juris servatur, *l.* 18. *de capt. & postl.*

IPSE QUOQUE FILIUS] *l.* 9. *l.* 10 *l.* 12. *Cod. de post. rev.* & igitur, ex caus. si in potestate fuit filius, cùm capiebatur, medio tempore patre mortuo, reversus suus hæres patri erit, *d. l.* 9.

A LIMINE EST POST] De notatione nominis postliminij vid. Cic. in *top.* Scal. *in annot. in Fest.* Grot. *de jur. bell. lib.* 3. *cap.* 9.

SED ET QUI CAPTUS] *l.* 26. *de capt. & postl.* ubi etiam Florentinus ait, nihil interesse, utrum captivus dimissus, an vi, vel fallacia hostium potestatem evaserit, sive ut Homerus *Odyss.* 14. ἢ δόλῳ, ἢ βίη, ἢ ἀμφαδόν, ἢς κρυφηδόν. Ita tamen si ea mente fuerit, ut illo non reverteretur. Et ideo responsum est Attilium Regulum non esse postliminio reversum, quia juraverat Carthaginem reversurum, *l.* 5. §. 3. *d. tit.* add. Grot. *d. cap.* 9.

COMMENTARIUS.

1 *Quando quis postliminio reversus intelligatur, tum quibus in locis postliminium sit.*
2 *Quæ res postliminio recipiantur, aut redeant.*
3 *Ius patris ab hostibus capti non extingui, sed in suspenso esse.*
4 *De origine vocis postliminij.*

Quamvis servus hostium fiat] Constat, eos, qui ab hostibus capiuntur, jure belli servos hostium fieri, & consequenter desinere liberos habere in potestate. Verum Romani, qui cùm ex suis capti essent, servorum numero apud se haberi non debere censuerunt, nihil eorum cum effectu amittere, quæ aliàs per servitutem amitti solent. Cumque fieri possit, ut capti ad suos reverterentur, fieri item, ut apud hostes decederent, in utrumque eventum captis prospexerunt, in illum fictione juris postliminij, in hunc fictione legis Corneliæ.

Qui si reversi fuerint] Pomponius reversum postliminio ait, qui intra præsidia nostra esse cœpit, *l.* 5. §. 1. *de capt.* Paulus, cùm in fines nostros intraverit, *l. postliminium* 19. § 3. *eod.* Sed ex paritate rationis consensus gentium rem eò perduxit, ut postliminium locum haberet, etiamsi quis homo aut res, cui postliminium esse placuerat, pervenisset ad amicos nostros, ut loquitur d. loco Pompon. aut, ut Paulus exempli causa explicat, ad regem socium vel amicum. Quibus in locis amici aut socij intelligendi sunt non simpliciter, quibuscum pacem habemus, sed qui patres in bello easdem sequuntur: ad quos qui venerunt, ut Paulus loquitur, nomine publico tuti esse incipiunt, qua de re pluscula *D. Grot.* 3. *de jur. bell. & pac.* 9. *num.* 2. 1

Omnia pristina jura] Puta civitatem, familiam, bona sive eorum dominium. Rectè autem, jura, *l.* 5. §. 1. *l. in bello* 12. § *de capt. & postl. rev.* nam ea, quæ facti sunt, postliminio non continentur: qualis est verbi causa possessio, quæ idcirco interrupta captivitate non restituitur, *l. denique* 19. *ex quib. ca. maj. l. cum heredes* 23. §. 1. *de acq. poss.* Sicut autem postliminio reversus jura recipit, ita & in ipsum jura restituuntur, *l.* 6. *d l. in bello* §. *cætera de capt.* Neque homines solum, sed etiam agri, *leg. si captivus* 20. §. 1 *eod.* adeoque quodvis jus solo adhærens postliminium habet per *l.* 6. *de rer. div.* uti & loca sacra ac religiosa, *l. cum loca* 36. *de rel.* At rebus mobilibus postliminium non est: exceptæ tamen naves longæ atque onerariæ, muli cliterarij, equi & equæ frenum patientes. *Cic. in Top. Gall. Ael. apud Fest. Marc. ll. l.* 2. *de capt.* quanquam hodie, ut passim tradunt morum periti, nullæ res mobiles postliminio redeant, ne naves quidem, *vid. Grot. d. cap.* 9. *n.* 13. *& seqq. D. Tulden. comment. ad tit. de rer. div. cap.* 30. 2

In civitate semper fuisse] Non igitur tam captivitate patria potestas amissa reverso patre restituitur, liberive captivitate patris sui juris facti eo reverso iterũ in potestate ejus esse incipiunt, quod velle videtur D. Mynsinger. quam pater fingitur retro in civitate fuisse, liberosque in potestate etiam tempore captivitatis retinuisse, *d. l. bello* §. 1. *l. retro.* 16. *bona* 22. §. 2. *eod. l.* 6. § *ult. de tutel.* Nec alioqui rectè diceretur, statum liberorum pendere, aut in incerto esse, ut hic & *d l. in bello*, & *l. bona*, nec acta à filio esse in pendenti, *l.* 1. §. 1. *de senat. Mac.* sed jus patris & liberorum captivitate patris extinctum postliminio restitui: acta à 3

filio tantisper rata esse; at reverso patre infirmari. Non est autem levis momenti hæc fictio: nam inde est, quod quæ filius medio tempore quæsivit, pater reversus tanquam sibi quæsita occupare possit jure peculij, etiam defuncto pridem filio, *l. pen. de suis & leg. her.* Inde quoque est, quod patre reverso denegatur actio creditori, à quo filius, dum pater apud hostes est, mutuam pecuniam accepit, quasi contra SCtum credita sit, *l.1. §.1. de SC. Mac.* Denique hinc est, quod Ulp. respondit, non posse ei, cujus pater in potestate hostium est, tutorem dari, *l.6. §. ult. de tutel.* qui rectè utique daretur, si filij interim pro ijs, qui sui juris sunt, haberentur. Deportati & restituti patris alia ratio, *l. ult. §.1. C. de sent. pass.*

Exinde ex quo captus est] Hæc fictio est legis Corneliæ, *l 12 qui testam. fac. §. ult. infr. quib. non est perm. fac. test.* eaque in omnibus partibus juris servatur, *l. in omnibus de capt.*

Ipse quoque filius] Quapropter si verbi gratia in potestate fuit filius eo tempore, quo capiebatur, medio tempore patre mortuo, reversus suus hæres patri erit, *l.9. C. de postl. rev.*

A limine & post] De notatione nominis postliminij controversia olim fuit inter Scævolam & Servium, teste *Cic. in Top.* Scævola junctum dicebat esse verbum à *post*, quod reditum notat, & *limine*. Servius in eo nihil spectandum præter præpositionem *post*, reliquum productionis esse caudam, *limtnium*. Sed rectè Scævola, cui & Festus assentitur. Nam limen & limes exitu tantum & flexionis modo differunt; origine autem (veniunt enim ab antiqua voce *limus* quæ transversum significat) & primitiva notione idem sunt, sicut materia & materies, conjugio & contages, &c. quanquam usu seriore factum est, ut limen magis ad privata, limes ad publica referretur. Sic veteres *eliminare* dicebant è finibus ejicere, & exilium nominabant *eliminium Grot. d. cap. 9. in pr. Ios. Scal. annot. in Fest.*

Ab hostibus recuperatur] Ad jus postliminij nihil interest, quomodo captus revertatur utrum dimissus, an vi vel fallacia, aut victis postea hostibus, sive ut Homerus *Odyss.* 14. ἢ δόλῳ, ἢ βίῃ, ἢ ἀμφαδόν, ἢ κρυφηδόν; ita tamen, si ea mente fuerit, ut illo non reverteretur, *l. nihil interest de capt.* Et ideo Attilium Regulum responsum est non esse postliminio reversum: quia juraverat Carthaginem se reversurum, *leg. 5. §. 3. d. tit. Grot. d. lib. 3. cap. 9.*

TEXTUS.

6. *Præterea emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed emancipatio antea quidem vel per antiquam legis observationem procedebat, quæ per imaginarias venditiones & intercedentes manumissiones celebrabatur, vel ex imperiali rescripto. Nostra autem providentia etiam hoc in melius per constitutionem reformationis: ut fictione pristina explosa, recta via ad competentes judices, vel magistratus parentes intrent, & filios suos, vel filias, vel nepotes, vel neptes, ac deinceps à sua manu dimittant. Et tunc ex edicto prætoris in bonis ejusmodi filij, vel filiæ, vel nepotis, vel neptis, qui quæve à parente manumissus vel manumissa fuerit, eadem jura præstantur parenti, quæ tribuuntur patrono in bonis liberti. Et præterea si impubes sit filius, vel filiæ, vel cæteri, ipse parens ex manumissione tutelam eius nanciscitur.*

NOTÆ.

6. EMANCIPATIONE] Emancipatio hodie definiri potest actus legitimus, quo liberi à manu patris apud competentem judicem dimittuntur.

PER IMAGINARIAS VENDITIONES] Lege 12. tab. cautum fuit, ut si pater filium ter, cæteros liberos semel emancipasset, manumissi postea ab emptore sui juris efficerentur, illi trina manumissione, hi unica. Ulp. *tit.* 10. & *l.* 8. §. 1. *de injust. rupt. l. pen. & ult. C. de emanc. lib.* Cajus *tit.* 6. §. 3. Dion. Halic. *lib.* 2, Boët. *in Top.* Ad cujus emancipationis imaginem postea institutum, ut simulato & dicis causa hæc intervenirent.

INTERCEDENTES MANUMISSIONES] Solebat autem pater naturalis sibi cavere de liberis sibi remancipandis, ut ipse potius eos manumitteret, & jura patroni consequeretur: quæ species dicitur fieri contracta fiducia, *l. ult. inf. de leg. agn. succ. l. 2. §. 15. ad sen. Tertyll.*

EX IMPERIALI RESCRIPTO] Anastasij, qui etiam neglecta antiquæ emancipationis fabula, ex rescripto Imperatoris liberos emancipari permisit, *l. pen C. de emanc lib.*

JUDICES VEL MAGISTRATUS] ἐξαγητικῶς, ne quis putet judices hîc intelligi pedaneos, apud quos lege agi non potuisse constat. Extat constitutio Iustiniani in *l. ult. C. de emanc. lib.*

A PATRE MANUMISSUS] Idest, emancipatus, tit. si à par. quis man. redigebantur enim liberi prius in servilem causam, licet postea in imaginariam duntaxat, *l. 3. §. 1. de cap. min.*

Quæ

QUÆ TRIBUUNTUR PATRONO] Emancipatus à parente liberti exitum patitur, *l. 1. l si à par. quis man.* puta in contra tabulas bonorum possessione, *d. l. 1.* & successione legitima, *§. ult. inf. de leg. agn. succ.* sed hoc mutatum, *Nov. 118. cap 2.*

TUTELAM EIUS NANCISCITUR] De qua *infr. tit. de leg. par. tut.*

COMMENTARIUS.

1 *Vetus emancipandi ratio exposita.*
2 *Patroni & parentis emancipatoris comparatio.*

ALius modus solvendæ patriæ potestatis hoc §. proponitur, nempe emancipatio : eaque dicitur olim celebrata fuisse per imaginarias venditiones & intercedentes manumissiones. Hoc autem ut penitus intelligatur, sciendum est, lege Romuli cautum fuisse, atque à decemviris postea in quartam tabulam relatum, ut si pater filium ter, filiam autem & cæteros liberos semel mancipasset, hoc est, vendidisset, manumissi postea ab emptore sui juris efficerentur, ille trina manumissione, hi unica. Ad cujus emancipationis imaginem atque usurpationem verustatis postea institutum est, ut pater, simulato & dicis causa, accepto uno nummo filium ter, cæteros liberos semel apud magistratum venderet, contracta cum emptore fiducia, qui ob id pater fiduciarius appellabatur, ut is acceptos manumitteret, filium ter, cæteros semel, atque ita liberi juris ac potestatis fierent. Solebat autem pater naturalis sibi cavere de filio post tertiam mancipationem sibi remancipando, itemque de cæteris liberis sibi remancipandis, quo ipse potius eos manumitteret, & jura patroni consequeretur, quàm extraneus manumissor sive emptor ille imaginarius. Atque hac cautione interposita in specie dicitur emancipatio fieri contracta fiducia, *§. ult. inf. de leg. agn. succ.* Hæc ex *Dionys. Halicarn. lib. 2. Boët. in Top. Cic. Caio lib. 1. tit. 6. Vipian. tit. 10. l. ult Cod. de emanc. lib.*

Ex imperiali rescripto] Hic modus emancipandi ab Imperatore Anastasio introductus est, qui etiam neglecta antiquæ emancipationis fabula potestate ab Imperatore impetrata, ejusque rescripto apud magistratum exhibito, liberos emancipari permisit, modo filius infante major consentiret, *l. pen. C. de emanc. lib.*

Etiam hoc in melius renovavit] Nimirum quod Anastasius de precibus super emancipatione Principi offerendis, ejusque rescripto prius impetrando constituerat : ut jam ex constitutione Justiniani emancipatio etiam fiat sola professione patris apud competentem judicem denuntiantis se filium suo juri permittere. Extat constitutio *l. ult. C. de emanc. lib.*

Ad competentes judices vel magistratus] Explicativè. Nam & magistratus, qui tribunali aut jurisdictioni præsunt, judices appellantur, *l. 1. de judic tit. de reb. auct. jud. poss* & passim in constitutionibus posteriorum Imperatorum. Quod moneo, ne quis putet judices hic intelligi pedaneos, sive qui à magistratibus causis privatis cognoscendis & judicandis dabantur : apud quos lege agi non potuisse, plusquam manifestum est. Sed nec apud eum, cui mandata est jurisdictio legis actionem fuisse, Marcian. & Ulp. testantur, *l. 2. §. 1. l. seq. de offic. procons.* de quo plura ad *§. 8. inf. eod.*

A manu sua dimittant] Manumitti non tantùm servi à domino, sed etiam filij & filiæfam. à patre dicuntur, pro emancipari, *tit. si à par. quis man.* propterea quod jure antiquo in patris sui manu mancipioque erant, & venditi ac mancipati in servilem causam redigebantur, licèt postea in imaginariam duntaxat, *l 3. §. 1. de cap. min.* Hinc emancipatus à parente liberti exitum pati dicitur, & parens patroni personam sustinere, *leg. 1. d. tit.*

Ex edicto prætoris eadem jura] Nimirum ut parens exemplo patroni ad contra tabulas bonorum possessionem admittatur, si testamento facto ab emancipato prætermissus sit, *d. tit. si à par. quis man.* Sed & jus legitimæ successionis huic patri à Justiniano datum est, perinde quasi contracta fiducia eum emancipasset, hoc est, ex lege fiduciæ sibi remancipatum manumisset, *§. ult. inf. de leg. agn. succ.* Et hoc ad similitudinem patroni, quem ad hæreditatem liberti intestato sine liberis mortui jam olim lex 12. tabularum vocabat, *inf. de succes. libert.* Non tamen usque adeò exæquatur patrono parens, ut etiam liberi ejus ad successionem aut contra tabulas bonorum possessionem veniant, *l. 1. §. liberos si à par. quis man.* aut ut etiam actio Calvisiana parenti detur, *l. 2. eodem tit.* aut denique ut rectè stipuletur à filio operas, *l. 4. eod.* Iure authentico plenissimè de ratione succedendi cautum est, ex quo parens manumissor jure patroni, quoad emolumentum successionis uti desijt. *Nov. 118. c. 2. Nov. 115. c. 4.*

Tutelam ejus nanciscitur] Consequens erat eum onus tutelæ subire, qui speraret successionem, *l. 1. de legit. tut.* Agitur de hac tutela *inf. tit. 18.*

TEXTUS.

7. Admonendi autem sumus, liberum arbitrium esse ei, qui filium & ex ea nepotem vel neptem in potestate habet, filium

quidem

quidem de potestate dimittere, nepotem verò vel neptem retinere: & è converso filium quidem in potestate retinere, nepotem verò vel neptem manumittere: vel omnes sui juris efficere. Eadem & de pronepote & pronepte dicta esse intelliguntur.

NOTÆ.

7. ADMONENDI SUMUS] Ex Caio *l.* 28. *D. de adopt.*

NEPOTEM MANUMITTERE] Notandum est, in filiofam. idem esse, manumittere, ex potestate dimittere, sui juris efficere, emancipare.

COMMENTARIUS.

TOtus hic locus descriptus est ex Caio *l. liberum* 28. *de adopt.* Illud hic quæritur, an ejus quoque qui à parente manumittitur, voluntas spectanda sit; an verò etiam invitus emancipari possit. Et puto idem hic dicendum, quod de eo dicitur, qui à patre in adoptionem datur, §. *seq l. neque absens* 24. *de adopt. l.* 5. *C. eod.* nimirum necesse non esse, ut expresè consentiat. Cæterum non oportere eum dissentire aut contradicere, *arg. l. pen. in fin. C. de emanc. lib. Nov.* 89. *c.* 11. Paulus quoque *lib.* 2. *sent.* 25. *in fin.* scribit, invitum filiumfam. non emancipari. An autem & quando, qui tacet, consentire intelligatur, non est hujus loci disputare. Tractant tamen hanc quæstionem *Io. Fab. Ang. & Mynſ.* ad hunc locum.

TEXTUS.

8. *Sed & si pater filium, quem in potestate habet, avo, vel proavo naturali secundùm nostras constitutiones super his habitas in adoptionem dederit, id est, si hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem judicem manifestaverit, præsente eo, qui adoptatur, & non contradicente, necnon eo præsente, qui adoptat, solvitur quidem jus potestatis patris naturalis; transit autem in hujusmodi parentem adoptivum, in cujus persona & adoptionem esse plenissimam antea diximus.*

NOTÆ.

8. PROAVO NATURALI] Nam si extraneo in adoptionem dederit, jura patris naturalis integra manent, §. 2. *sup. de adopt.*

NOSTRAS CONSTITUTIONES] *l. pen. & ult. C. de adopt.*

ET NON CONTRADICENTE] *d. l. ult. l.* 5. *D. eod.*

NEC NON PRÆSENTE, QUI ADOPTAT] *l.* 25. §. 1 *eod.* & huc pertinet, *l. nemo* 123. *nemo alieno nomine lege agere potest*, nam adoptio est legis actio, ut dictum sup.

TRANSIT IN HUJUSMODI PARENTEM ADOPTIVUM] Per adoptionem igitur non efficitur filiusfam. sui juris, sed vel in alienam familiam transit, vel remanet in potestate patris naturalis.

COMMENTARIUS.

1 *Antiquitus neutiquam alieno nomine lege agi potuisse: eamq; naturam actus voluntariæ jurisdictionis retinuisse.*

2 *Actus voluntariæ Iurisdictionis expediri non posse apud eum, cui jurisdictio mandata est.*

AVo vel proavo naturali] Nam si extraneo in adoptionem datus sit, jura patris naturalis integra manent, *l. pen. C. de adopt.* §. 2. *sup. tit.* ubi dictum est.

Apud competentem judicem] Non apud judicem pedaneum, cujus nulla jurisdictio est: sed apud ipsum magistratum & eum, qui legis actionem habet, ut notavimus ad §. *hujus tit.* 6.

Et non contradicente] Hoc etiam paulò ante tetigi. Locus autem hic descriptus est ex *l. ult. C. de adopt. facit, l.* 5 *ff. eod.*

Nec non eo præsente, qui adoptat] Absens adoptare non potest, *leg. post mortem* 25. §. 1. *de adopt.* quia, ut ait ibi Iurisconsultus, nemo per alium ejusmodi solemnitatem peragere potest. Atque 1
eo pertinere arbitror, quod regula juris in genere definit, neminem alieno nomine lege agere posse, *leg. nemo* 123. *de regul. iur.* Quod olim quidem commune fuisse verisimile est omnium legis actionum, etiam earum, quibus cives inter se disceptabant, & quæ pertinebant ad contentiosam jurisdictionem, *arg. pr. tit. de ijs per quos ag. poss. inf. lib.* 4. sed postea proprium tantùm quorundam esse cœpisse, & maximè eorum actuum, qui quod inter volentes expediuntur, dicuntur esse voluntariæ iurisdictionis; cuiusmodi sunt manumissio, adoptio, emancipatio; quæ veterem naturam retinuerunt, *l.* 3. *C. de vind. lib. l. neque* 24. *& l. seq.* §. 1. *de adopt.* etiam adoptio nova Iustiniani, ut hic, & *d. l. ult. Cod. de adopt.* Idem quoque probabile est observatum fuisse in persona magistratus. Existimo enim nec huiusmodi actus à magistratibus mandari potuisse, neve mandata iurisdictione transisse in eum, cui mandata esset, con- 2
tra

tra quam DD. vulgo sentiunt, *arg. l. 1. C. de adopt. l. 1. §. 1. l. 3. de off. proc.* ex quibus locis discimus, ea quæ sunt voluntariæ Jurisdictionis, non nisi apud eum expediri posse, apud quem plena legis actio est: eum autem, cui mandata est jurisdictio, talem jurisdictionem non habere, adeoque omnino non esse apud eum legis actionem. Negotium tamen facit *l. 17. §. 1. de man. vind.* Cuiac. 1. *obs. 1. & 15. obs.* 19. negationem inserit. Alii pro *(apud legatum eius)* legunt *(Cæsaris)* suspicantes errorem ex notis natum *eius & Cæs.*

Transit autem in parentem adoptivum] Per adoptionem igitur non efficitur filiusfam. sui juris, sed vel in alienam familiam transit, vel remanet in potestate patris naturalis.

TEXTUS.

9. Illud scire oportet, quod si nurus tua ex filio tuo conceperit, & filium tuum emancipaveris, vel in adoptionem dederis prægnãte nuru tua, nihilominus quod ex ea nascitur, in potestate tua nascitur. Quod si post emancipationẽ vel adoptionẽ conceptus fuerit, patris sui emancipati, vel avi adoptivi potestati subjicitur.

NOTÆ.

9. PRÆGNANTE NURU TUA] Nepos non ex nativitatis, sed ex conceptionis tempore familiam sortitur, quia ex eo tempore iam in rerum natura esse creditur, *l. 7. l. pen. de stat. hom.* Ulp. *tit. 5. §. 9.* Et sic aliàs etiam spectatur tempus conceptionis, *l. 7. §. 1. de senat. l. 17. §. 5. ad sen. Trebell.*

COMMENTARIUS.

NEpos non ex nativitatis, sed ex conceptionis tempore familiam sortitur: quia ex eo tempore jam in rerum natura esse creditur, *l. 7. l. pen. de stat. hom.* Sic & is qui conceptus est prius, quàm pater senatu moveretur, senatoris filius intelligitur, *l. 7. §. 1. de senat.* Et responsum est, conditionem, *si sine liberis*, defeciſſe, si ante deportationem patris liberi concepti sint, licet postea edantur, *l. ex facto 17. § ex facto 5. ad sen. Treb.*

TEXTUS.

10. Et quidem neque naturales liberi, neque adoptivi ullo penè modo possunt cogere parentes, de potestate sua eos dimittere.

NOTÆ.

10. ULLO PENE MODO] Ex Mart. *l. 31. de adopt.* Ait *penè*, quia excipiuntur quidam casus *l. ult. si à par. quis man. l. 92. de cond. & dem. l. 32. de adopt. l. 12. C. de episc. aud.* Patre incestas nuptias contrahente, liberi ex priore matrimonio supplicio patris sui juris fiunt, *Nov. 12. cap. 2.*

COMMENTARIUS.

1. Quibus modis more harum regionum parentum potestas solvitur.

QUemadmodum liberi, qui vel ab initio sui juris fuerunt, vel postea facti sunt, inviti in potestatem patris non rediguntur, *l. ult. de his qui sui vel al. iur. Nov. 89. cap. 11.* ita nec vice versa à liberis in potestate constitutis cogi parentes possunt, ut eos à potestate sua dimittant *l. non potest. de adopt. l. nec avus C. de emanc. lib.* ex quo loco etiam ratio huius juris peti potest. 1

Pene] Ait, pene, propterea quod aliquando audiuntur, qui emancipari desiderant, ut impubes, qui adoptatus est, pubes factus, *l. nonnunquam 32. de adopt.* Sed & alios, si justa causa sit; audiri æquum est; veluti si à patre ad turpitudinem adigantur, *l. si lenones C. de episc. aud.* aut malè contra pietatem afficiantur, *l. ult. si à par. quis man.* Sed & is filium emancipare cogitur, qui legatum ea conditione sibi relictum agnovit, *l. si cui 92. de conditionibus & demonst.* & jure novissimo etiam de potestate patris exeunt liberi, si pater incestas & nefarias nuptias contraxerit, *Nov. 12. cap. 2.*

Apud nos & in cætero Belgio singularis illa Romanorum in liberos potestas incognita est, ut jam aliquoties diximus. Sed & jus, quod parentes in liberos habent, propriis quibusdam modis, solvitur; manente tamen semper naturali reverentiæ & obsequii debito. Primùm enim moribus nostris exeunt liberi de potestate parentum non tantùm emancipatione illa expressa sive Justinianea, cùm apud magistratum de manu dimittuntur; sed etiam tacito quodam emancipationis modo, permittente videlicet patre filium seorsum habitare & mercaturam aut opificium aliquod exercere: atque hac ratione liberi potestate patria soluti hoc consequuntur, ut & bona sua ipsi administrare, & in judicio consistere possint. *Christin. d. vol. 4. dec. 186. nu. 11. Grot. 1. manud. 6.* Apud Frisios tamen hic modus receptus non est. *D. Io. à Sande lib. 2. tit. 7. defin. 6.* Secundò nuptiis quoque sive matrimonio liberorum patris potestas solvitur: unde apud nos nulli liberorum sunt in potestate avi, *Gudelin. lib. 1. de iur. nov. cap. 13.*

Christin. d. vol. dec. 185. n. 7. Grot. d. loc. quod secus fuisse jure Rom. ostendimus ad §. *ult sup. de patr. potest.* Tertiò desinunt liberi in potestate esse, patris, si ei, ut prodigo, curatore dato bonis interdictum sit, *Grot. d. loc.* quod & ipsum jure Ro. incognitum est. Postremò si quid liberis obvenerit pura ex hæreditatibus, legatisve aut donationibus propinquorum aut amicorum, earum quidem rerum cura atque administratio patri competit, sed haud secus ac tutori aut curatori: ideoque hoc jus etiam solvitur, ubi liberi ad eam ætatem pervenerint, qua curatio finiri solet; nempe anno ætatis eorum vigesimo quinto, *Gud. l. d. c. 13. in fin. Tulden. com. hic. c. 2. Christin. d. dec. 186. n. 9. ad Guid. Pap. qu. 54. Boer. ad consuet. Biturr. de jur. pers. Per. Greg. 11. syntagm. c. 10. Groenevv. de legib. abrog. ad hunc tit.*

TITULUS XIII.

De Tutelis.

Ratio ordinis.

HUc usque dictum est de iis, qui sunt juris alieni, quæ prima pars est divisionis suprà positæ *tit. 8.* Superest, ut ad eos nos conferamus, qui sui juris sunt, quos pars altera dicta divisionis complectitur.

TEXTUS.

Transeamus nunc ad aliam divisionem personarum. Nam ex his personis, quæ in potestate non sunt, quædam vel in tutela sunt, vel in curatione, quædam neutro jure tenentur. Videamus ergo de his, quæ in tutela, vel curatione sunt. Ita enim intelligemus cæteras personas, quæ neutro jure tenentur. Ac prius dispiciamus de his, qui in tutela sunt.

NOTÆ.

IN POTESTATE NON SUNT] Patria scil. vel dominica, nam *potestatis* verbum plura significat, *l. 215. de verb. sign.* & tutela quoque species quædam est potestatis, §. *l. inf. eod.* sed quæ ad caput ejus, qui in tutela est, non pertinet. Pupillus est sui juris, non est in manu aut familia tutoris, sed non est suæ auctoritatis, ut loquitur Spartian. *in Antelian.*

COMMENTARIUS.

1. *Summa reliquorum hujus libri capitum.*

NAm ex his personis] Eorum, qui sui juris sunt quidam sunt in tutela, alii in curatione, cæteri neutro jure tenentur: quæ posterioris partis illius, quam dixi, divisionis subdivisio est. In hac autem parte prima exponitur, quid sit tutela: deinde species ejus singulæ ordine explicantur: tum de vi atque effectu tutelæ sine auctoritate tutorum porrò agitur: ac mox de contrariis, & quibus modis tutela finitur. Inde ad curationem ac curatores progressio fit. Postremò tractatur de satisdationibus, excusationibus & suspicionibus, quæ utriusque muneris communia sunt. 1

In potestate non sunt] Patria sc. vel dominica, in qua qui sunt, non sui, sed alieni iuris sunt: alioqui & tutela species quædam est potestatis, (quod verbum & alia plura significat. *l. potestatis 215. de verb. sign.*) sed quæ ad statum caput eius, qui in tutela est, non pertinet, nec ad commodum tutoris comparata est, sicut patria & dominica ad patris & domini. Pupillus enim non in manu aut familia tutoris, sed sui juris est; nec illi acquirit, sed sibi.

TEXTUS.

1. *Est autem tutela (ut Servius definivit) vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui per ætatem se ipse defendere nequit, jure civili data ac permissa.*

NOTÆ.

1. VIS AC POTESTAS] Ita & §. *seq. & Servius l. 1. hoc tit.* hæc duo quoque junguntur, §. 3 *inf. de interd. l. 17. de legib. l. 7. C. de codic.* Cic. 1. *de nat. Deor.* Gloss. Basil δύναμις καὶ ἐξουσία. Theophil. δίκαιον καὶ ἐξουσία, *ius & potestas*, significatur autem verbis istis facultas & ius pro auctoritate quid faciendi.

IN CAPITE LIBERO] ἀτεχνῶς pro *in caput liberum*, ut in 12. tabb. *in eo pecuniaq. eius potestas esto*, item in formula adrogationis. Gell. 5. 19. & Cic. pro *dom.* Caput autem liberum pro pupillo & persona, quæ sui iuris est, *d. c. 19.*

PER ÆTATEM] In Florent. est, *propter ætatem leg. 1. eod propter ætatis infirmitatem.* Ulp. *tit. 11.* Διὰ τὴν ἡλικίαν. Theoph.

DATA AC PERMISSA] Datur. id est, defertur immediatè lege 12 tab. tutela legitima, *l. 5. pr. l. 6. de lege tut.* permittitur, quæ prius data est aut

aut testamento, aut à magistratu, illa lege 12. tabb. *l. 1. de test. tut.* hæc aliis legib. *inf. de Attil. tut.*

COMMENTARIUS.

VIs ac potestas) Ita & in *l. 1. pr. h. eod.* Generis loco ponitur *vis ac potestas*, quæ duo frequenter conjunguntur, ut in *l. scire de legib. §. adipiscendæ inf. de interd.* & significant δυνάμιν ἐξουσίαν sive facultatem aut jus pro auctoritate quid faciendi statuendíve, tum in persona pupilli, tum in rerum pupillarium administratione, ὁμωνυμία in verbo potestatis iam notata est.

In capite libero] Obiectum tutelæ, & est vetus locutio, *pro in caput liberum*, ut in illo 12. tabularum; *Si furiosus existat, agnatum gentiliumq; in eo pecuniaq; eius potestas esto.* Item in formula adrogationis apud *Agell. 5. cap. 19. Vtique ei vitæ necisq; in eo potestas siet.* Caput autem liberum pro homine libero veteres dicebant. Cicero 4. *Verrin. Hic de capite libero judicabit.* Hinc caput liberum facere, apud Plaut. *Mercat.* pro manumittere, & eos plerumque, qui etiam sui juris essent, hoc verbo intelligebant: quomodo Agellius d. loco pupillum caput liberum appellat, id est, sui juris. Alii hæc verba ad tutorem referunt, quod etiam per me licet.

Ad tuendum eum.] Hæc verba finem tutelæ indicant, & simul officium tutoris: nam ut tutela pupillorũ gratia constituta est, ita & ad utilitatem eorum tota referenda. Distinguunt itidem tutelam à patria potestate, quæ magis ipsius patris causa comparata est, sicut & dominica domini, cuiusque vis non minus in coërcendo, quàm in tuendo filio posita est. Innuunt præterea tutorem principaliter personæ dari, non certæ rei aut causæ, in quo differt à curatore, *§ 4. seq. tit. junct. §. 2. inf. de curat.*

Qui per ætatem se ipse defendere] His verbis distinguitur tutela à curatione: quippe quæ comparata est eorum omnium causa, qui rebus suis ipsi superesse non possunt, licèt propter aliam causam, quam ætatem: ut sunt furiosi, prodigi, mente capti, & qui perpetuo morbo laborant, *§ 3. & 4. inf. de curat.* In Florent. est, *propter ætatem*, *Theoph.* διὰ τὸ τῆς ἡλικίας ἀπέλες.

Iure civili data ac permissa] Clausula hæc ad definitionem necessaria non est, sed ideò adiecta, ne quis putet, hanc potestatem temerè & pro arbitrio à quibusvis posse usurpari, aut ad eos, qui non sunt cives Romani, pertinere: nam tutela licet ortum ex jure gentium trahat, ad jus tamen civile refertur eo modo, quo pleraque alia, ut nuptiæ, patria potestas, testamenta, & cætera id genus.

Data ac permissa] Datur legitima, hoc est, legitimi tutores immediatè sine facto testatoris aut magistratus à lege ad tutelam vocantur, *l. 5 in pr. de leg. tut.* Permittitur, quæ prius data est aut testamento, aut à magistratu, illa lege 12. tabb. *l. 1. de test. tut.* hæc aliis legibus & constitutionibus, *inf. de Attil. tut.* Atque hinc etiam peti potest aliqua tutelæ divisio tanquam à causa efficiente, partim proxima, partim remota.

TEXTUS.

2. *Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, exq; ipsa re nomen acceperunt. Itaque appellantur tutores, quasi tuitores; atque defensores; sicut æditui dicuntur, qui ædes tuentur.*

NOTÆ.

2. ÆDITUI] Ædituus est ædis sacrę tuitor, id est, curam agens. Fest. ἱερωφύλακα Scævola vocat, *leg. 20. §. 1. de ann. leg.* veteribus *æditumus.* Gel. 12. 10.

COMMENTARIUS.

QVi eam vim ac potestatem] Si tutela est potestas ad tuendum eum, qui in tutela est, qui eam potestatem habet, rectè tutor dicitur, argumento à coniugatis.

Tutores quasi tuitores] Ἐτυμολογία, sive notatio verbi tutoris, *l. 1. §. 1. eod.* Tutela quoq; idẽ erat veteribus quod tuitio, sicut cautela idem quod cautio.

Sicut æditui] Ædituus est ædis sacræ tuitor, id est curam agens, auctore Festo. Veteribus dicebatur *æditumus*, si Gellio credimus *lib. 12. cap. 10.* ἱεροφύλακα vocat Scævola *l. 20. § 1. de ann. legat.*

TEXTUS.

3. *Permissum est itaque parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare. Et hoc in filios filiasq; procedit omnimodo; nepotibus verò neptibusq; ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in potestatem patris sui non sunt recasuri. Itaque si filius tuus mortis tuæ tempore in potestate tua sit, nepotes ex eo non poterunt ex testamento tuo tutores habere, quamvis*

in potestate tua fuerint: scilicet quia mortuo te in potestatem patris sui recasuri sunt.

NOTÆ.

3. LIBERIS IMPUBERIBUS] Etiam exhæredatis, *l.4. de test. tut.* nec obstat *l.73. §.1. de reg. iur.* quoniã exhæreditatio non extinguit jus sui hæredis: aut impuberem facit suæ potestatis, *§.4. inf. de pup. subst.*

QUOS IN POTESTATE HABENT] Tutela jure patriæ potestatis mandatur, *l.40. de adm. tut. l.1. de test. tut. d. l.73. §.1.* Itaque nec pater filio emancipato, nec mater liberis tutorem jure dare potest; sed opus est confirmatione, *tit. de conf. tut.*

TESTAMENTO] Codicillorum usu recepto, etiam codicillis testamento confirmatis dari tutores cœperunt, *l.3. de test. tut.*

IN POTESTATEM PATRIS] *l.1. §. ult. eod.* quippe tutorem habere non potest, qui est in potestate patris: nec dari nisi suo hæredi, *l.73. §.1. de reg. iur.* junct. *§.2. inf. de har. qual.*

NON POTERUNT EX TESTAMENTO, &c.] Est tamen casus, ubi tutor utiliter datur nepoti, cuius pater superstes & in potestate, *l.10. §.2. de test. tut.*

COMMENTARIUS.

SPecies tutelæ tres sunt, testamentaria, legitima, & Attiliana sive dativa, quas nunc ordine persequitur, initio facto à testamentaria, quæ reliquis duabus potior est, *inf. tit.15. in pr. l.9. §.1. in fin. de tut. & rat. dist.* sicut & in deferenda hæreditate potior causa est heredum ex testamento, quàm ab intestato, *l. quamdiu 39. de acq. her. l.89. de reg. iur.* Ait, permissum esse parentibus liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare, paucis verbis complectens & personam dantis, & ejus, cui datur, & formam dandi sive modum. In persona dantis exigit, ut sit parens: in persona eorum, quibus datur, ut sint liberi, ut impuberes, ut sint in potestate dantis: sunt & qui quartum requirunt, ut hæredes instituantur, contra expressum textum, *l.4. de test. tut.* & jus veteris patriæ potestatis, *arg. §.4. inf. de pup. subst.* In modo dandi, ut detur testamento. Testamento autem datus etiam is accipitur, qui codicillis testamento confirmatis scriptus est, *l.3. de test. tut.*

In filios filiasque, &c.] Lex duodecim generali vocabulo liberorum usa est sine discrimine sexus aut gradus. Sive igitur fœminæ sint, quibus tutor datus est, sive masculi; sive filii, sive nepotes; quia hi omnes appellatione liberorum continentur; *§. ult. seq. tit.* valet datio. Cæterum in nepotibus non aliter procedit, quàm si post mortem avi in potestatem patris sui non recidant: quippe tutorem habere non potest, qui est in potestate patris, *hoc tit. in pr.* Deinde nepos quamdiu pater eum in familia præcedit, non est suus hæres avo, *§.2. inf. de har. qual. & diff.* tutor autem dari non potest, nisi suo hæredi, *l. qui tutela 73. §.1. de reg. iur.*

TEXTUS.

4. *Quum autem in compluribus aliis causis posthumi pro jam natis habeantur, & in hac causa placuit non minus posthumis, quàm jam natis tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut, si vivis parentibus, nascerentur, sui hæredes, & in potestate eorum fierent.*

NOTÆ.

4. PRO IAM NATIS] Quoties de eorum commodo quæritur, ut hic, *l.7. l. pen. de stat. hom.* aliis autem non prosunt, nisi nati, *l.231. de verb. sign.* exemplum in *l.2. §.6. de exc. tut.*

SUI HÆREDES, ET IN POTESTATE] *l.7. §.1. de regul. iur.* nec minus tamen utilis est tutoris datio, si nati sint vivo patre, *leg.16. §. ult. de testam. tut.*

COMMENTARIUS.

QUod de tutore liberis jam natis dando dictum est, id hic etiam ad posthumos producitur, hoc est, ad eos, qui tempore facti testamenti adhuc in utero sunt. Et ait Imp. etiam his testamento tutores dari posse, hac ratione, quia qui in utero sunt, plerisque juris articulis pro jam natis habentur; nempe quoties de commodo eorum quæritur, ut in casu proposito, *l.7. & l. pen. de stat. hom.* Poterat & à jure patriæ potestatis ratio peti, *arg. §.1. inf. de exhar. lib. §.4. inf. de pup. subst.*

Sui hæredes & in potestate] Nempe quemadmodum nemo liberis jam natis tutorem dare potest, nisi quos in potestate & in suis hæredibus, cùm moritur, habet; ita nec posthumis potest, nisi iis, qui, si vivo parente nascerentur, sui hæredes & in potestate ejus futuri essent. Utrumque Q. Mucius paucis complectitur; *Nemo*, inquit, *potest tutorem dare cuiquam, nisi ei, quem in suis hæredibus, cùm moritur, habuit, habiturusve esset, si vixisset, l. quo tutela 73. §.1. de reg. iur.* Est tamen casus, ubi tutor utiliter datur nepoti, cuius

ius pater superstes in potestate est, *l.* 10. *§. 2. ff. de testament. tut.*

TEXTUS.

5. *Sed & si emãcipato filio tutor à patre datus fuerit testamento, confirmandus est ex sententia præsidis omnimodo, id est, sine inquisitione.*

NOTÆ.

5. EMANCIPATO FILIO] Idem est, si etiam non emancipato datus sit codicillis non confirmatis, *l. 1. §. 1. de confirm. tut.*

OMNIMODO] Ita ἐπὶ τὸ πλεῖστον, *ut plurimum d. l. 1. §. 2.* interdum enim à voluntate patris recedet prætor, *l 8. & 2. seqq. eod. l. 4. de test. tut.*

SINE INQUISITIONE] & sine satisdatione, *d. l. 4. d. l. 1. §. 2. l. 3. l. 6. eod.* A matre autem datus filio instituto (nam exhæredato à matre dari non potest, *d. l. 4.*) non satisdat quidem, sed ex inquisitione confirmatur, *l. 2. de conf. tut. d. l. 4.* Ex *l. 4. C. de test. tut.* tollenda est negatio in illo loco *quando autem eos hæredes (non instituerit)* Cujac. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1. *Quibus ex rebus æstimandum, an tutor iure datus sit.*
2. *In quibus differat confirmatio tutoris à patre non ritè dati, & dati à matre, vel extraneo.*
3. *Explicatio l. 4. C. de test. tut.*
4. *Confirmatos tutores non pro dativis, sed pro testamentarijs habendos.*
5. *In his regionibus ferè duo tantùm esse genera tutorum, remissivè.*

Emancipato filio] Didicimus *tit. prac. §. præterea*, liberos per emancipationem potestate patris sui liberari, quamobrem pater non jure, neque ex præscripto legis 12. tabb. tutorem dat filio emancipato: sed tamen qui ita non jure datus est, confirmatur auctoritate magistratus, & quidem simpliciter, sive omnimodò, ut hic loquitur Justinianus, id est, sine inquisitione, sitne idoneus necne.

1 Locus postulat, ut de confirmandis tutoribus paulò, quàm hic factum est, disseramus accuratius. An tutor jure datus sit, ex hisce tribus potissimum æstimatur; ex persona dantis, si parens est; ex persona eorum, quibus datur, si sint liberi impuberes & in potestatè dantis; ex modo dandi, si detur testamento aut codicillis testamento confirmatis, *§. 3. sup. eod.* Quapropter si quis alius, quàm parens tutorem dederit, aut parens quidem, sed dederit liberis, licet impuberibus, qui in eius potestate non sunt, aut non dederit testamento sive codicillis testamento confirmatis; datio ipso jure non valet. Cæterum cùm reverentiæ, tum affectui eorum, qui impuberibus non legitimè tutores dederunt, tributum est, ut quod deficit, à magistratu repleatur, datique confirmentur, *l. 1. §. 1. de conf. tut.* Confirmatio autem hæc non est unius modi. Interest enim 2
an pater tutorem non jure dederit, an quis alius præter patrem. Judicio patris hoc datum, ut si is aut non justo testamento, aut codicillis non confirmatis, aut quocunque modo filio emancipato tutorem dederit, scriptus tutor simpliciter cõfirmandus sit, hoc est, sine inquisitione, & satisdatione ei remissa, *hoc text. l. 1. §. 2. l. 3. l. 6. de confir. tut.* nisi quod ex causa nonnunquam inquisitio fiat, ut in casibus, *l. 8. & 2. seq. d. tit. l. 4. de test tut. l. 3 §. 3. de admin. tut.* & quod in naturalibus liberis distinguitur, utrum pater, qui tutorem dedit, aliquid iis reliquerit, an nihil *l. 7. d. tit. l. ult. C. eod.* Quod si alius, quàm pater, tutorem dederit, sive mater sit, sive patronus, sive extraneus quis, non aliter hic tutor confirmatur, quàm si & hæres impubes institutus sit, *l. 4. de test tut. l. 4. de conf. tut* quæ etiam ratio est, cur datio sustineatur, *d. leg. 4. de confirm. tut.* & inquisitio præcesserit, *l. 2. l. 5. d. tit. l. qui in tutelam 28. §. 1. de testam. tut.* Hoc interest, quod à matre datus satisdatione non oneratur, sed ab ipso prætore ex inquisitione confirmatur, *l. 2. de conf. tutor.* cæteri ferè remitti solent ad magistratus municipales confirmandos præstita satisdatione, *l. 5. d. titul.* Quod autem diximus, à matre datum turorem non aliter con- 3
firmari, quàm si hæredem filium instituerit, ei obstat *l. 4. Cod. de testam. tut.* ubi & liberis non institutis à matre datum confirmari solere rescriptum est. Respondent nonnulli, hoc fieri solitum non ex juris aliqua constitutione, sed ex usu, quod non placet. Nam retenta lectione negativa hæc erit rescripta sententia, quod tutor à matre liberis institutis testamento datus, rectè datus intelligatur, nec egeat confirmatione, secus si non institutis, id est, præteritis aut exhæredatis dederit; quod apertè falsum est. Tollenda omninò in *d. leg. 4.* negatio cum Cujacio & Fabroto, ex illis verbis: *Quando autem eos hæredes (non) instituerit*, quomodo detracta scilicet negatione, & in quibusdam codicibus legi testatur Pacius. Ita omnia & inter se & cum ratione juris optimè convenient. Ne quis enim ex eo, quod simpliciter dixerat Imperator, non posse matrem filiis testamento tutorem dare, nisi eos hæredes instituerit, putaret; cùm eos hæredes instituit,

dationem sustineri ipso iure ; mox quomodo hoc quod dixerat, intelligendum sit, declarat, nempe etsi ne tunc quidem eum liberis institutis mater tutores dat, ipso jure datio valeat, datum tamen à præsidibus confirmari solere. Et sic benè quoque se habent illa sequentia, *Nullo verò ex his interveniente, &c.* nempe si aut mater non instituto filio tutorem dederit, aut instituto datus non sit confir-
4 matus. Porrò tutores ita confirmati sub eodem genere cum testamentariis comprehendi possunt. Primum quia perinde confirmati dicuntur, ac si ex testamento tutores essent, *l. 3. eod.* nisi quod à matre aut ab extraneo dati ex inquisitione confirmentur, quod naturam tutoris non mutat, *arg. l. 8. & seq. eod.* Deinde quia confirmatio non pendet à voluntate & sola potestate confirmantis, sed magis in necessitate juris posita est ; tenetur enim Prætor datum confirmare, & judicium defuncti, cujus proinde potissima ratio habetur, in confirmando sequi, *l. 1. § 1. eod. l. Nesennius 32. de excus.* Unde apparet, etiam, ante quàm confirmentur, pro testamentariis quadantenus haberi, ut legitimis præferantur ; & malè ratiocinari eos, qui ob id, quod is, qui confirmat, aliquando dare censetur, per *l. lege 130. de verb. sign.* tutorem cõfirmatum pro dativo potius, quàm testamentario habendum existimant, confundentes confirmationem necessariam cum ea, quæ tota pendet ab arbitrio & voluntate confirmantis. Denique testamentarius curator disertè appellatus, qui testamento datus confirmatus est. *l. 7. rem. pup. salv. fore.* Planè non omnes hujus tutelæ species æquè propè ad testamentariam accedunt : nec repu-
5 gno, si quis mixtam dici malit. Apud nos ferè duo tantùm sunt tutorum genera, unum eorum, qui testamento ; alterum, qui à magistratu dantur : nec refert à patre, an à matre dentur ; testamento, an codicillis. Legitimorum autem tutorum vix apud nos usus est : quanquam ubi testamento de tutela nihil cautum est, solent & tenentur magistratus audire cognatos pupilli proximos atque ex iis, qui modo idonei sint tutores creare, vid. quæ notamus *inf. in fin. tit. de leg. agn. tut.*

TITULUS XIV.

Qui testamento Tutores dari possunt.

Continuatio & argumentum Tituli.

SUperiore Titulo dictum est de iis, qui testamento tutores dare & quibus possunt : quæ quidem sola spectantur, sed tunc tantùm, cùm is, qui datus est, & tutor esse possit ; de quo nunc deinceps disputatur, & simul de modis testamento tutores dandi, deque intellectu atque interpretatione nonnullorum verborum, quibus testator in dando tutore usus sit.

TEXTUS.

Dari autem tutor potest testamento non solùm paterfamilias, sed etiam filiusfamilias.

NOTÆ.

ETIAM FILIUSFAM.] Filiusfam. in publicis causis pro patrefa. habetur, veluti ut magistratum gerat, ut tutor sit, *l. 9. de his qui sui vel al. jur. l. 14. ad Treb.*

COMMENTARIUS.

SEd etiam filiusfam.] Idque non testamento solùm, sed etiam à magistratu, *leg. 7. de tutel.* Nec obstat quod filiusfam. in potestate patris est : nam tutela munus est publicum, *inf. de excus. in pr.* In publicis autem causis filiusfam. non sequitur jus patris, sed pro patrefam. habetur, *l. 9. de his qui sui vel al. jur. l. 14. ad Treb.* Etenim qui est in aliena potestate, alium in potestate habere non potest, *l. sic eveniet 21. ad leg. Iul. de adult.* Verum hoc est, sed de eodem genere potestatis accipiendum.

TEXTUS.

1. *Sed & servus proprius testamento cum libertate rectè tutor dari potest. Sed sciendum est, & sine libertate tutorem datum, tacitè libertatem directam accepisse videri, & per hoc rectè tutorem esse. Planè si per errorem quasi liber tutor datus sit, aliud dicendum est. Servus autem alienus purè inutiliter testamento datur tutor : sed ita,* Quum liber erit, *utiliter datur. Proprius autem servus inutiliter eo modo tutor datur.*

NOTÆ.

1. SERVUS PROPRIUS CUM LIBERTATE] Veluti *Servus meus Davus liber & tutor esto.*

SINE LIBERTATE] Hoc modo, *Davus servus meus tutor esto.*

LIBERTATEM DIRECTAM] *l. 32. §. 2 de test. tut. l. pen. C. de nec. serv. man.* Imò fideicommissariam,

sariam. Cuiac. Vult. Bach. per *l.9. C. de fideic. her.* Resp. *d.l.9.* accipienda de eo casu, quo servus tutor datus est codicillis, vel verbis precariis, veluti, *Peto à te hæres, ut Davus sit tutor liberis meis*, ut in *l.1. §.1. de conf. tut.*

PER ERRORUM] Eo quod testator liberum esse putabat, cùm esset servus *l.22 de test. tut. l.24. §.9. de fideic. lib.* ἐπειδὴ ἐπεπλάνητο περὶ τὴν τύχην αὐτοῦ ὁ διαθέμενος, ut ibi Græci.

SERVUS ALIENUS PURE INUTILITER] Intellige quoad verba & sententiam: nam illa datio *Davus tutor esto*, non est pura quoad sententiam: cùm subaudiatur conditio, *cùm liber erit.* Ita Cont. ne obstet *l.10. §. ult. eod.*

PROPRIUS INUTILITER EO MODO] Nec hæres eo modo rectè instituitur, *leg.21. de cond. inst.* quoniam quod in nostra potestate est, in casum conferri non oportet, *l.22. d. tit.*

COMMENTARIUS.

1. *Veterum sententia consentaneum esse, quod ait Iustinian. servum proprium simpliciter tutorem datum directo liberum fieri.*

NOn solùm liberi homines testamento tutores dari possunt; sed etiam servi: quia & cum servis testamenti factio est, *l. testam. 21. de test. tut. §. in extran. inf. de hær. qual. & diff.* Disputatur autem hoc §. de triplici forma mandandæ servis tutelæ, tum propriis, tum alienis. Prima hæc est, *Davus tutor & liber esto*; secunda; *Davus tutor esto*: tertia; *Davus tutor esto, cùm liber erit.* De prima specie in servo proprio nulla est controversia: in alieno favor pupilli & publicæ utilitatis libertatem fideicommissam servo defendit, ut nimirum hæres eum à domino emat & manumittat, *l.10. in fin. de test. tut.* De secunda, quod quidem attinet ad servũ proprium, Justinianus hunc directam libertatem tacitè accepisse scribit, ac per hoc rectè tutorem esse: quod & Paulus non obscurè indicat, *l. quæro 42. in fin. d. tit.* cùm dicit, hoc ipso, quod à domino tutor datus est, libertatem quoque meruisse videri, eamque sibi vindicare posse, & ab adita hæreditate liberum esse. Tertia in alieno servo utilis, in proprio inanis & ludicra judicatur, tanquam si quis diceret, hæc res tibi empta sit, si voluero.

Directum] Directa libertas dicitur, quæ recta ex testamento ad servum transit sine alterius facto
1 aut opera, *§.1. Inf. de sing. verb. par. fid.* Putat Cujacius, eumque secuti Vultejus & Bachov. hoc à Justiniano primum constitutum esse: sed eos refellit tum locus Pauli modò allegatus, tum quod Justinian. scribit, *l. pen. C. de nec. serv. her. inst.* jam jure civili iam ante inductum fuisse, ut si quis servum suum sine libertate tutorem dedisset, ex ipsa tutelę datione libertatẽ ei imposuisse præsumatur. Deinde quod idem mox constituit in servo omissa libertate hærede instituto, quod antea non obtinebat, *inf. de her. inst. in pr.* nimirum ut hoc ipso, quod hæres institutus est, etiam libertas ei imposita videatur, ad exemplum servi simpliciter tutoris dati. Atqui servum simpliciter hæredem institutum, nemo est qui negare possit, directò ex testamento liberum fieri ex constitutione Justiniani. Postremò cui datur fideicommissaria libertas, is non nisi volens & petens sit liber. Servus proprius tutor datur necessariò. Non obstat quod dicitur in *l.10 in fin. de test. tut.* nihil interesse, suum servum, an alienum quis tutorem dederit: hoc enim ad voluntatem dandæ libertatis, non ad qualitatem datæ referendum est: siquidem servo alieno non nisi fideicommissaria defendi potest. Magis obstat *l. etsi 9. C. de fid. lib.* Communis responsio est, eum locum accipiendum esse de eo casu, quo servus tutor datus est codicillis, vel verbis precariis, veluti. *Peto à te, heres, ut Stichus sit tutor liberis meis.* Quod etiam verba d. l. *per fideicommissum manumisisse*, significant. Per fideicommissum enim nihil aliud est, quàm verbis fideicommissi, quibus ut tutor esset, petierat, *arg. l. qui tutelam 28. §.1. de test. tut.* Franc. de Amaya nobilissimus Hispaniæ Jurisconsultus putat, veteres ipsos hic inter se non convenisse, *lib.1. iur. obs. cap. 7.*

Per errorem] Quod liber putaretur: quo casu servo tutelam mandare voluisse nemo creditur, *l. si quis 22. de test. tut. l. generaliter 24. §. si quis tutorem de fideic. lib.*

Purè inutiliter] Hoc est, absque conditione, *cùm liber erit.* Quid igitur est, quod Ulpian. ait *d. l. 10. § ult. de test. tut.* in hac datione semper inesse hanc conditionem, *cùm liber erit*? An dicemus, hoc contra rationem juris benignè receptum esse? An potius sententiam testatoris inspiciendã, ut si hæc non refragetur, valeat; si manifestè repugnet, datio sit inutilis, *d. l.10. in fin.* Quid enim, si ita verbis purè datus est, ut nec sententia eum liberum esse testator voluerit, veluti si liberum eum esse jam ante existimavit? & hoc verum est.

TEXTUS.

2. *Furiosus vel minor viginti quinque annis tutor testamento datus, tutor tunc erit, quum compos mentis, aut major viginti quinque annis fuerit factus,*

NOTÆ

NOTÆ.

2. CUM COMPOS MENTIS] *l.*10. §.3 *l.*32.*in fin. de test. tut.* medio autem tempore curator à magistratu dabitur, *l.*10.§.7.*de excus.tut.*

COMMENTARIUS.

TUtores testamento dari possunt non solùm qui tempore facti testamenti jam idonei sunt ad tutelam administrandam, verùm etiam qui eo tempore idonei non sunt, modò tales sint, ut natura postea idonei fieri possint; quales sunt furiosi, & minores 25. annis.

Quum compos mentis] Procul videbatur, furiosum testamento tutorē purè dari non posse, *l.*10 §.3.*de test.tut.* Et videri potest pater non satis seriò agere, qui eum tutorem purè dat, quem scit tutelā gerere non posse. Sed placuit etiam, hoc patri licere, quasi tacitè sub hac conditione detur, ut tutor sit, cum sapere cœperit, *d.l.*10.§.3.*l.*11.*de tutel.* Medio autem tempore tutor aut curator à magistratu dabitur, *inf.de Attil.tut.§.1.& inf.de curat.§.ult.*

Maior 25. annis] *l.quæro §.ult.de test.tut.* Et hic interim usq; ad legitimam dari tutoris ætatem alius à magistratu dabitur, *l.*10 §. *si libertus de exc.* Rectè autem hic monet D. Bachovius, ponendos esse terminos habiles, ut minor, qui tutor datus est, eius sit ætatis, ut ante pubertatem pupilli annum 25. implere possit: alioqui dationem esse lusoriā, ac protinus à magistratu tutorem dandum, quod sic accipe, si legitimum tutorem pupillus non habeat.

TEXTUS.

3. *Ad certum tempus, vel ex certo tempore, vel sub conditione, vel ante hæredis institutionem posse dari tutorem non dubitatur.*

NOTÆ.

3. EX CERTO TEMPORE VEL SUB CONDITIONE] *l.*8 § *1.& de test.tut.l.*14.§.3.*& ult.de tut.* Et medio tempore locus erit Attiliano, *l.*11.*de test.tut.* Hæc autem propria sunt tutelæ testamentariæ ex interpretatione verborum legis 12. *Uti quisque legassit &c.* Magistratibus non eadem libertas data, *l.*6. §.1. *de tutel.*

ANTE HÆREDIS INSTITUTIONEM] Apparet hoc favore pupilli jam olim receptum fuisse, vid. §.34.*inf.de legat.*

COMMENTARIUS.

1. *Servum, furiosum minorem 25. annis, à magistratu non rectè tutorem dari, neque tutorem tempori aut conditioni adstringi.*

ETiam in modo testamento tutores dandi placet testatoris voluntatem servari. Itaque non solùm purè, sed ex die etiam & sub conditione tutorem rectè dederit, ut qui datus sit, non ante sit tutor, quàm dies aut cōditio extiterit. & deficiente conditione tutor non sit. Potest & ad certam diem & usque ad certam conditionem tutorem dare, ut finito tempore aut conditione existente tutor esse desinat, *l.*8.§.1.*&*2.*de test tut.l.si adrogati* §.2.*& ult. de tut.*§.2.*&* §.*pen.inf.quib.mod.tut.fin.* & deficiente quidem aut finita tutelā testamentaria, locus erit legitimo tutori; pendente, Attiliano, *l.*11. *de test. tut.iuncl.l.*9.§.2.*de tut. & rat.distr.*

Vel ante hæredis institutionem] Apparet hoc favore pupilli jam olim receptum fuisse. Poterat autem de eo dubitari, propterea quod jure veteri ante hæredis institutionem legata inutiliter relinquebantur. Nunc autem nulla ampliùs dubitandi ratio est, §. 34.*inf.de legat.* Hic paucis admonendi sumus, ea, I quæ de servis, furiosis, minoribus 25. annis tutoribus datis, itemque de tutore tempori aut conditioni astringendo dicta sunt, omnia propria esse tutelæ testamentariæ, atq; ex interpretatione verborum legis 12. *Uti quisque legassit.* &c. patri permissa. Non eadem libertas magistratibus data. Nam hi sub conditione tutorem dare vetantur, *l.* 6.§.1.*de tut.* quamobrem nec servus, nec furiosus, nec minor rectè ab iis tutor dabitur, sive sub conditione expressa, servus, *cum liber erit*, &c. sive simpliciter & purè: nam & tunc eadem conditio perinde inesse creditur, atque si expressa esset, *l.*10 §. *pen.& ult.de test.tut.* Cur tam variè? Nimirum qui ab officio judicis aut magistratus alienū est actus suos suspendere atque imperfectos relinquere. Ideo enim aditur, ut in præsenti nobis officium atq; auctoritatem suam, qua opus est, impertiatur, quod & Io. Fabro suboluit, qui ad hoc utitur *arg l. non quemadmodum* 35. *de iudic.l.*1.§.*biduum quand. app.* Aliam insuper rationem afferunt vulgò DD. quod tutore à patre sub conditione dato, magistratūs sit pendente conditione pupillo prospicere: At si à magistratu tutor sub conditione daretur, neminem adiri posse, qui pendente conditione pupillo consulat. In eo autem Gloss. & DD. in *d.l.*6 §.*1.* errare existimo, quod putant etiam magistratum sub tacita conditione tutorem dare posse, per *l.*11. *de tutel.* quippe quæ de tutela testamentaria omnino accipienda est, ut & Barr. eam

eam accepit. Planè usque ad conditionem, sub qua tutor testamento datus est, à magistratu interim alium tutorem tacitè dari posse non ambigitur, §. 1. *inf. de Attil. tut. de l.* 11. *in pr.*

TEXTUS.

4. *Certæ autem rei, vel causæ, tutor dari non potest: quia personæ, non causæ, vel rei, tutor datur.*

NOTÆ.

4. CERTÆ REI] Ex Ulpian *l.* 2. & Marcian. *l.* 14. *de test. tut. Certa res*, nec deductis rebus, *d. l.* 12. ἐπὶ ἐξαιρέσει πραγμάτων, ut vertunt Græci. Et si datus fuerit, tota datio non valebit, *l.* 13. *eod.* Aliud juris est, si quis hæres certæ rei scribatur, *l. 1. §. 4. de hær. inst.*

NON POTEST] Universo tamen patrimonio alicuius loci utiliter datur, *l.* 15 *eod.*

PERSONÆ] Principaliter scil. nam per consequentiam etiam rebus pupilli dari intelligitur, *l.* 12 *pen. de adm. tut.*

COMMENTARIUS.

1. *Dispositioni huius §. apud nos locum non esse.*

QUIA *personæ*] Datur enim tutor ad tuendum pupillum, §. 1. *sup. tit.* ideoq; si ad certam rem aut causam datus fuerit, tota datio non valebit, *l.* 12. *cum* 2. *seqq. de test. tut.* quoniam tutoris officio non congruit. Non obstat. *l.* 12 §. *cum tutor. de adm. tut.* Aliud enim est certæ rei tutorem dare, aliud rebus pupilli omnibus tutorem datum præponitum intelligi. Nam cùm personæ pupilli tutor detur, per consequentiam etiam rebus ejus dari intelligitur, quæ conditionem personæ sequuntur. Et verò si personæ pupilli consulendum est, necesse est, ut non tantum personæ & moribus pupilli, sed etiam rebus eius tutor præponatur, *d. l.* 12. *de test. tut. de l.* 12. §. *cum tutor. de adm. tut.* Atque in hoc præcipuè differt tutor à curatore, qui rebus minoris principaliter datur, *l.* 8. *C. de nupt.* & ad unum certumq; negotium rectè decernitur, §. 2. *inf. de curat. l.* 7. *de tut. dat.* Planè si tanto locorum intervallo disiunctum sit patrimonium, ut difficulter ab uno administrari queat, pupilli favore receptum est, ut rebus ita disiunctis, puta rei Africanæ aut Syriacæ, tutor dari possit, *l.* 15 *de test. tut.* quo tamen casu singuli tutores in solidum dari intelliguntur, nec tam tutela dividi, quàm administratio. Una sanè superioris regulæ exceptio videtur, quod impuberi ad hæreditatem adeundam ut tutor detur, ex causa permissum est, *l.* 9. *de tut. dat. l.* 10. *de test. tut. l.* 17. §. 1. *de appell.* Mater quoque dicitur potiùs in rem, quàm in personā tutorem dari videri, *l.* 4. *de test. tut.* quasi nec verus tutor sit, qui ab eo datus est, qui jus dandi tutorem ex lege non habet. Apud nos hæc juris Romani subtilitas non observatur: sed potest, auctore Glorio I *manud. c.* 7. tutor vel testamento vel à magistratu etiam ad certā rem vel causam dari. Quoniam hodie sublata est tutorum & curatorum differentia, *vid. inf. tit. de curat.* Potest etiam à magistratu dari ex die vel ad diem, vel sub conditione (quod jure Romano solis parentibus permissum erat, §. *præced.*) modo nè pupillus unquam indefensus maneat. Illud etiam nunc manet, quod tutor incertus nec testamento rectè detur, *l. tutor* 20. *l. tutor.* 23 *de test tutor. §. sed nec* 27. *inf. de leg.*

TEXTUS.

5. *Si quis filiabus suis, vel filijs tutores dederit etiam posthumæ, vel posthumo dedisse videtur: quia filij vel filiæ appellatione & posthumus & posthumæ continetur. Quod si nepotes sint, an appellatione filiorum & ipsis tutores dati sint? Dicendum est, ut & ipsis quoque dati videantur, si modo liberos dixerit. Cæterùm si filios, non continebuntur. Aliter enim filij, aliter nepotes appellantur. Planè si posthumis dederit, tam filij posthumi, quàm cæteri liberi continebuntur.*

NOTÆ.

5. SI QUIS FILIABUS] Ex Ulp. *l.* 5. & *l.* 6. *de test. tut.*

ETIAM POSTHUMÆ] In legatis contra, *l.* 17. *de leg.* 1. quia legata liberis, non ut liberis, relinquuntur, sed ex affectione singulari ergo hos vel illos: at tutor liberis, ut liberis datur, jure potestatis.

MODO LIBEROS DIXERIT] *l* 6. *de test. tut.* Liberorum enim appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, continentur, *l* 220. *de verb. sign.*

ALITER FILII, ALITER NEPOTES] Natura filium à nepote distinguit: & hic naturalem, propriamq; appellationem sequimur; quia ut ab ea recedamus, nulla justa est ratio: alias filii appellatione & nepos continetur, justa scil. interpretatione, *l.* 84. *l.* 201. *l.* 220 *de verb. sign.* Exempla in *l.* 59. *de it. nupt. l.* 2. §. 28. *ad Tertyll.*

l.14.de senat. Mac. Filias tamen appellatione filiorum hic quoque venire placet, *l.16.de test.tut.*

POSTERIS] Leg. *posthumis d.l.6.* & ita Theophil. & alii.

QUAM CÆTERI LIBERI] Id est, non tantùm posthumi primi gradus, verùm etiam secundi, & ulteriores: quia vox *posthumus* non distinguit gradus, Bald. in *d.l.6.*

COMMENTARIUS.

1. *Appellatione liberorum venire omnes, qui ex nobis descendunt.*
2. *Filiorum appellatione in hoc argumento contineri & posthumos: nepotes non contineri; filius contineri. Et quæ horum omnium ratio.*
3. *Appellatione posthumorum venire liberos omnes nascituros sive primi sive ulterioris gradus.*

VOluntatis quæstio est, cùm quæritur qui liberi appellatione filiorum, liberorũ, posthumorum contineantur. Et de liberis, ut inde incipiam, nulla dubitatio est, quin ea appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, contineantur, sive filii sint, sive nepotes aut deinceps, sive iam nati; sive adhuc nascituri, *l.liberorum 210. de verb. sign.* Quamobrem si quis liberis tutores dederit, non solùm filiis, sed etiam nepotibus & qui infrà eos, sunt, dedisse intelligitur, uti ex Ulp. *l.6.de test.tut.* Justinianus hoc loco refert; dummodo post mortem dantis in potestatem patris sui recasuri non sint, §.3. *sup tit.* De filiis duo hic quæruntur: unum est, an eorum appellatione etiam posthumi contineantur: alterum, an & nepotes. De primo ait, *Si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit, etiam posthumæ vel posthumo dedisse videtur: quia filij vel filiæ appellatione & posthumus & posthuma continentur*, quod & Ulpian. respondet *l.5. d.tit.* Cui tamen loco obstare videtur, quod idem Ulp. scribit *l. qui filiabus 17. in pr. de leg. 1.* eum, qui filiabus legavit, non intelligi posthumæ legasse, nisi & mentionem aliqua parte testamenti posthumæ fecerit. Sed hæc minimè pugnant. Tutor enim datur jure potestatis, ut filiis & liberis; posthumi autem æquè filii & liberi sunt, ac cæteri. Legata verò liberis non ut liberis relinquuntur, sed ex singulari affectione ergo certos: quæ affectio in proposito erga posthumam non præsumitur, ita ferè Angel. hic post *Gloss. in d.l.27* Alterum est, utrum filiorum appellatione etiam nepotes veniant. Et ait, non venire; quia aliud sit filius, aliud nepos: filius enim est, qui ex me & uxore mea natus est; nepos, qui ex filio meo, hoc idem & Ulpian *d.l.6.* Quid ergo est, quod legimus in *l. filij 84. l liberor. 220. de verb. sign.* filiorum appellatione etiam nepotes cæterosque, qui ex nobis descendunt, contineri; Nimirum ubi justa interpretatio id suader, *l. justa 201. eod. tit.* Nam nec à proprietate verborum aliter recedendum est, *l. non aliter 69. de leg. 3.* Exempla suppeditant, *l. senatus 59. de rit. nupt. l.2. §. filijs 28. ad Tertyll. l.14. de sen. Mac.* Et fingamus in proposito testatorem filios non habere, sed nepotes tantùm: aut finge nepotes solos esse impuberes, dubitandũ non est, quin filiorum nomine nepotes intellexerit, ne nihil egisse videatur; quod & Jo. Faber notat. At si filios testator habeat impuberes, nulla justa causa est, cur recedamus à proprietate sermonis, dicamusque filiorum appellatione & nepotes eum complecti voluisse. Nam nepotibus fortasse magis expediat peculiarem tutorem, habere, legitimum vel dativum, quàm eum, qui à parente datus est, qui filiorum tutela satis sit implicitus atque occupatus: cui adde, quod hic agitur de gravando extraneo, cuius interest ne nimium oneretur. Illud hic omissum est, an appellatione filiorum etiam filiæ contineantur. Responsum est contineri *l.16. in pr. de test. tut.* quippe in toto jure pronuntiato sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum porrigitur, *l.1. l. pronuntiatio de verb. sign.* De posthumis est in vers. *Planè si posthumis.* Et ait Imp. si posthumis tutor datus sit, tam filios posthumos, quam cæteros liberos contineri, id est, ut rectè hoc accepit Theophilus, contineri non tantũ posthumos primi gradus, verùm etiam secundi & ulteriores: si modò in ea causa sint, ut si vivo testatore nascerentur, in potestate eius futuri sint, neq; testamentum rupturi, *l.1. §.1. de test. tut.* Quare necesse non est, ut cum Haloandro pro *posthumis* substituamus *posteris*, maximè cum apud Ulpian. quoq; *l.6. eod.* unde hęc descripta sunt, *posthumis* legatur, & ut Bald. ibi notat, vox posthumi non distinguat gradus, ut filii, sed colligat add. *Dom.3. comm.4. D. Tuld. hic c.4. D. Iac. Coren. cons. 14.* ubi disputat, an vox Belgica *Kindt* aut *Kinderen* tam latè pateat, quàm Latina *liberorum*, ut & Sande *lib.4. rer. iud. tit.5. defin.10.*

1

2

3

TITULUS XV.

De legitima agnatorum tutela.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.



Estamentariam tutelam excipit legitima. Ea est, quæ lege defertur is ferè, qui ad legitimam hæreditatem impuberis vocantur. Species huius tutelæ quatuor; agnatorum, patronorum, parentum, & fiduciaria: quarum duæ priores

propriè

propriè sunt legitimæ, *l. 1. hoc tit.* sequentes duæ ἀναλόγως. Singulæ singulis titulis hic explicantur; in ff. & C. omnes uno. Hoc autem titulo exponitur species prima, quam adgnatorum esse diximus, traduntur; unde ea descendat, quinam sint adgnati, quando iis tutela deferatur: postremò subjicitur specialis quidam hujus tutelæ finiendæ modus.

TEXTUS.

Quibus autem testamento tutor datus non est, his ex lege duodecim tabularum adgnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

NOTÆ.

EX LEGE 12. TAB.] *l. 1. de leg. tit.* ubi id summa providentia constitutum dicitur, ut qui sperarent successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur. Lege autem Solonis non deferebatur agnatis, nisi remotioribus. Laërt. in *Solon.* contraria vid. ratione, quod ferè quisq; conetur eum, quem proximus hæres insequitur, expungere, ut ait Pers.

COMMENTARIUS.

1. *Quid interfit inter adgnatos & gentiles, gentem & familiam.*

Quibus testamento] Semper enim legitimi tutores, ut suprà quoque dictum est, cedunt testamentariis, *l. 11. de test. tut. l. 9. §. 1. de tut. & rat. dist.* sicut & legitimi hæredes iis, qui ex testamento vocantur. *l. quamdiu de acq. hær.* Et vulgò dici solet, provisio hominis facit cessare provisionem legis, per *l. ult. C. de pact.*

Ex lege 12. tabb. adgnati sunt tutores] Lex 12. tabb. & ad hæreditatem legitimam vocavit agnatos, atque iisdem etiam tutelam legitimam detulit. Idq; summa providentia à lege constitutum esse Ulp. scribit, ut qui sperarēt successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur, *d. l. 1. hoc tit.* Hęc autem tutelæ species ea est, quæ à Servio dicitur jure civili data, *l. 1. de tut.* Etenim legitimos tutores nemo dat, sed lex eos tutores facit, *l. 5. hoc tit.* Hotomannus putat, etiam gentilium mentionem à lege factam. Et sanè in hæreditate facta est, auctore Cornificio ad Heren. *lib. 1.* qui verba legis sic refert; *Si paterf. intestato moritur, familia pecuniaq; eius agnatorum gentiliumq; esto.* Ut omninò verisimile sit, eodē modo post agnatos & tutelam gentilibus delatam fuisse. Quid interfit inter gentiles & agnatos multi ante nos docuerunt. Dicam tamen obiter. Quod discrimen est inter gentem & familiam, hoc idem est inter gentiles & agnatos. Gens ex pluribus constat familiis; quæ singulæ cognominibus distinguuntur; nam ut nomen universæ genti commune est: ita cognomen proprium cujusq; familiæ, quæ gente continetur. Qui eiusdem gentis sunt gentiles; qui eiusdem familiæ, agnati dicuntur. Verbi causa, in gente Valeria sunt Corvini, Maximi, Messallæ, Flacci. Hi omnes unam gentem Valeriorum constituunt: singuli singulas in ea gente familias: omnesque inter se gentiles sunt; singuli inter se etiam agnati.

TEXTUS.

1. *Sunt autem adgnati, cognati per virilis sexus cognationem conjuncti, quasi a patre cognati: veluti frater ex eodem patre natus, fratris filius, nepósve ex eo: item patruus & patrui filius, nepósve ex eo. At qui per fœminini sexus personas cognatione junguntur, adgnati non sunt, sed alias naturali jure cognati. Itaque amitæ tuæ filius, non est tibi adgnatus, sed cognatus: & invicem tu illi eodem jure conjungeris: quia qui ex ea nascuntur, patris, non matris familiam sequuntur.*

NOTÆ.

1. SUNT AUTEM ADGNATI] Ex *leg. 7. de leg. tut. l. 10. §. 2. de grad. & aff. l. 2. §. 1. de suis & legit.*

VIRILIS SEXUS COGNATIONEM CONIUNGIT] Modo non sint capite minuti *§ ult. inf. hoc tit.* nihil autem refert naturâ quæsita sit adgnatio, an adoptione, *d. l. 2. §. 4.*

NATURALI IURE COGNATI] Cognationis nomen per se generale est: sed oppositum agnationi ad eam speciem cognationis contrahitur, quæ per fœminas copulatur, *l. 4 §. 2. de grad. & affect.*

COMMENTARIUS.

PER virilis sexus] Adgnati dicuntur, qui per virilis sexus personas cognatione juncti sunt, *l. 7. hoc tit. §. 1. inf. de leg. agn. succ. l. 2. §. 1. de suis & leg.* modò non sint capite minuti, & sint in familia, *§. ult. inf. eod.* Nihil autem refert, naturâ quæsita sit agnatio, an adoptione, *d. l. 2. §. 3. de suis & leg.*

Veluti frater ex eodem patre] Masculos tantùm ex agnatis hoc loco recenset; quia licèt etiam fœminæ quædam nobis agnatæ sint, veluti soror ex eodem patre nata, amita, fratris filia: tutela tamen solis maribus jure communi defertur, *l.1.§.1. hoc tit.*

Naturali jure cognati] Cognationis nomen per se generale est: siquidem cognati dicuntur omnes, qui vel jure sanguinis, vel jure adoptionis nos contingunt: proinde & agnati. At idem nomen oppositum agnationi ad eam speciem cognationis contrahitur, quæ per fœminas copulatur, *l.4.§.2.l. ult.§.1.& 2. de grad.& aff.* idemque hic planè accidit, quod in nomine adoptionis notavimus sub §.1. *sup. de adopt.* Agnati nostratibus dicuntur *vande Smaertzy*, cognati *vande Spilzy*.

TEXTUS.

2. *Quod autem lex duodecim tabularum ab intestato vocat ad tutelam adgnatos: non hanc habet significationem, si omninò non fecerit testamentum is, qui poterat tutores dare: sed si quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit: quod tunc quoque accidere intelligitur, quum is, qui datus est tutor, vivo testatore decesserit.*

NOTÆ.

2. QUANTUM AD TUTELAM] Disertè, *quantum ad tutelam*, ut & Paulus *l.6 hoc tit.* unde hæc sumpta, ad hæreditatem enim quod attinet, nemo intestatus decessisse intelligitur, qui facto testamento, unde hæres postea extitit, decessit, inf. *de hær. quæ ab int. in pr.*

COMMENTARIUS.

QVantum ad tutelam] Disertè ait, quantum ad tutelam, ut & Jurisconsult *l.6. hoc tit.* nam ad hæreditatem quod attinet, nemo intestatus decessisse intelligitur, qui testamento facto, unde hæres postea extitit, decessit, *inf. de hær. qui ab int. def. in pr.*

Vivo testatore] Exempli causa positum arbitror. Quid enim si post mortem testatoris ante cœptam tutelam decesserit? Sanè non minus hoc, quàm illo casu rectè dicitur paterfam. quoad tutelam intestatus decessisse. Sed & si tutor testamento datus post cœptam tutelam decesserit, vel in civitate esse desierit, nihilominus ad legitimum tutela redit, *l.6 hoc tit. l.11. §. pen. & ult. de test. tut.* Unde vel magis dicendum est, si ad certam conditionem vel ad certum tempus datus sit, existente conditione tut. finito tempore ad legitimos tutelam reverti: quasi qui dedit, pro parte intestatus, quod ad tutelam pertinet, decesserit. Planè si tutor testamento datus postea excusatus sit aut remotus, placet, non legitimum succedere, sed in locum ejus alium à magistratu dari, *d.l.11.§.1.& 2.* Diversi huius juris non alia ratio occurrit, quàm quod illis modis ipso jure tutela finitur & planè extinguitur; excusatione autem & remotione non item, sed intetventu magistratus, quasi ipso jure perinde quodammodo habeatur, ac si excusati, ac remoti adhuc tutores essent.

TEXTUS.

3. *Sed agnationis quidem jus omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur: nam adgnatio juris civilis nomen est, cognationis verò jus non omnibus modis commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia verò non utique.*

NOTÆ.

3. OMNIBUS MODIS CAPITIS DEMINUTIONE] Id est, quavis capitis deminutione, etiam minima *l.4 §.ult de leg. tut. l.7. de cap. min.*

PLERUMQUE] Additum διὰ τὴν τοῦ Ἀναστασέου διάταξιν, ut ait Schol. Th. qua constitutione frater emancipatus neglecta capitis deminutione ad fratris vel sororis legitimam hæreditatem & tutelam vocatur, *l.4 C.h.t.* Justinianus etiam fratrum emancipatorum filios vocat, *l. ult. C de legit. hær.* & novissimè sustulit juris agnatici & cognatici in utraque causa differentiam, *Nov.118, cap.4.& 5.*

NON UTIQUE] Th. οὐ πάντως, *non omninò*, nō capitis deminutione minima. Pomp. *l.8. de reg. jur. nullo iure civili*, id est, nulla juris civilis vel fictione, vel solemnitate, veluti emancipatione, vid. *§ pen. seq tit.*

COMMENTARIUS.

1. *Tutelam legitimam minima capitis deminutione non amplius tolli.*
2. *In his regionibus vix usum esse legitimæ tutelæ: & quid moris cessante testamentaria?*

DIffert agnatio à cognatione etiam in eo, quod agnatio quavis capitis deminutione, etiam minima tollatur, & consequenter jura agnationi tributa, ut tutelæ & hæreditates intereant, *l.7. de cap. min. l.5. §.ult. hoc tit.* Cognationis autem jus non mutetur, nisi maxima aut media capitis deminutio intervenerit. De quo amplius *§.pen. seq tit.* qui huius loci explicationem continet. Hanc autem

tem inter agnationem & cognationem differentiã idcircò hoc loco proposuit Justinianus, ut aditũ sibi parefaceret ad tractatum de capitis deminutione.

Plerumque] Additum propterea quod jus agnationis certis personis novis legibus datum interveniente minima capitis deminutione nõ perimitur: quippe quibus legibus hęreditates & tutelæ sic deferuntur, ut personæ naturali nomine designentur: ut ecce, defertur hęreditas ex Senatusconsultis matri & filio, *d. l. 7. de c. min. §. 2. inf. de sen. Orfi. l. 1 §. 8. ad sen. Tert.* Constitutione quoque Anastasij frater emancipatus neglecta capitis deminutione ad legitimam fratris vel sororis hæreditatem & tutelam vocatur, *l. 4. C. hoc tit. §. 1. inf. de succ. cogn.* Justinianus
1 & fratrum emancipatorum filios vocat, *l. ult. §. 4. C. de leg. hær.* Novissimo autem jure cùm in totũ sublata sit agnationis & cognationis hac in parte differentia, pariterq; cognati cum agnatis ad legitimã tum hæreditatem tum tutelam vocentur: *Nov. 118. c. 4. & 5.* consequens omninò est, legitimam tutelam minima capitis deminutione non amplius tolli.

Quia agnatio juris civilis nomen] Sicut & familia, cujus appendix est agnatio. Neque obstat, quod etiam aliæ gentes familiarum & agnationum rationem habuerunt: multa enim etiam apud alias gentes observantur, quæ tamen non sunt juris naturalis: quippe non ratione naturali, unde jus gentium æstimandum, *l. 9. in fin. de just. & jur.* constituta, sed civili duntaxat: argumento est adoptio, de qua *sup. tit. 11.* item usucapio, de qua *lib. 2. tit. 6.* tale etiam est jus agnationis.

Civilia jura corrumpere potest] Quod non sic accipiendum est, quasi minima capitis deminutione omnia jura civibus tributa amittantur, sed ea tantùm, quæ familiæ illius sunt propria, è qua capite minutus exit.

Naturalia verò non utique] Οὐ πάντως, non omninò, Th. non capitis deminutione minima. Pompon. *l. 8. de reg. jur. nullo jure civili*, id est, nulla juris civilis vel fictione, vel solemnitate, veluti emancipatione, *vid §. pen. seq. tit.*

2 Apud nos legitimæ tutelæ vix usus est, ut notavimus *sup. tit. de tut. in fin.* præterquam in agro Voornano, juxta *art. 74.* statutorum illius agri confirmatorum à Carolo Quinto anno 1519. Cæterùm cessante tutela testamẽtaria, magistratus tutelaris, sicubi est, aut qui juri dicundo præsunt, tutores (ferè tamen proximos pupilli cognatos) creant. Ne pupilli diù indefensi maneant, tenetur parens superstes, aut eo tutelam suscipere recusante, duo è proximis per defunctum pupillo cognatis, intra certum tempus statutis aut consuetudine locorum definitum, tutores à magistratu petere; qui tum de consilio eorum, atque etiam ex iis, quod sine fraude pupillorum fiat, tutores eligit atque constituit. Quamobrem pater & mater, iisve deficientibus, avus & avia, in tutela filiorum suorum & nepotum cæteris præferuntur: quibus tamen contutor unus atque alter è cognatis defuncti proximis adiungendus est. Patris & avi tutela perpetua est: matris & aviæ transitu ad secundas nuptias finitur: neq; ad tutelam admittuntur, nisi priùs beneficio Senatusconsulti Velleiani renuntiaverint, juxta dispositionem juris civilis Romanorum, *auth. matri & aviæ & seq. C. quand. mul. tut.* Sed nec mater iterum vidua facta tutelam recuperat, uti judicatum refert *Mynsing. 3. obs. 84. add. Io. Gutierez. de tut. p. 1. c. 8. & 9.* Si ex parentibus nemo extabit, tenentur minimum duo ex iis, qui pupillum proximè contingunt, unus per patrem, alter per matrem, simili modo tutores petere: atque hic quoque proximos tunc eliget magistratus, aut si illi idonei non sint, qui proximè sequuntur, & ita deinceps. Demùm si cognatorum nemo sit idoneus, alios ex inquisitione tutores creabit. Consule statuta tutelaria Rhynlandiæ *art. 12. cum aliquot seqq Grot. 1. manud. 7. Christin. vol. 3. dec 147. n 4 & seqq & dec. 149.* ubi refert, moribus Galliæ & Mechlinienſium matrem & aviam non renuntiare Velleiano.

TITULUS XVI.

De capitis deminutione.

Continuatio & summa Tituli.

IN hic locus inter restitutiones in integrum tractatur *lib. 4. tit. 5* Justinianus autem cùm in *§. ult sup. tit.* docuisset, jus agnationis, ac proinde & tutelam legitimam, quovis genere capitis deminutionis perimi, inde occasionem arripuit de ea re plenius separatim disputandi: quod facit hoc titulo, ubi primùm quid sit capitis deminutio, definit: deinde diviso genere in suas species, itidem qui sint singulæ, & quam vim habeant, exponit: tum interpretatur, quod in *d. §. ult.* dixerat, cognationis jus capitis deminutione non omnibus modis interverti: & tandem pro corollario docet, quo ordine agnatis tutela deferatur.

TEXTUS.

Est autem capitis deminutio, prioris status mutatio. Eaq; tribus modis accidit. Nam aut maxima est capitis deminutio,

aut minor, (quam quidam mediam vocant) aut minima.

NOTÆ.

PRIORIS STATUS MUTATIO] Græci, ἑτέρας καταστάσεως σύγκλησις. Apud Paulum in *leg.1. eod.* non est *prioris. Status*, hic est, quod à genere, à civitate, à rer. natura tribuitur, *l.* 3. *de int. & releg.* nempe familia, civitas, libertas, *l.ult.h.t.* quæ tria complectitur. Terent. *Eunuch. act.4. sc.7. eam esse dico liberam, civem Atticam, meam sororem.*

TRIBUS MODIS] Auson. *Idyll.*11. *Triplex libertas capitis, minutio triplex*, nimirum uno ex tribus illis, quæ dixi, amisso, contingit capitis deminutio, *d.l.ult.* Aliis duplex, magna & minor: sed illi sub magna comprehendunt maximam & mediam, quæ hic etiam minor, *l.*1.§.4. *de suis & leg.l.*1.§.8. *ad sen. Tert.l.*5.§.*ult.de ext.cogn.*

COMMENTARIUS.

Capitis deminutio] Verbi capitis varia est & multiplex acceptio, ut videre est apud Hotomannum & alios *in Lexic.* Hic significat personam, locum aliquem in ordine civium proprio obtinentem, quem locũ cùm amittit, caput minui dicitur, Putatq; Hotomannus, ad personã translatum esse, quod de ipso ordine propriè loquendo dici debebat, ut ecce, cùm quis deportatur aut emãcipatur, ordo civium aut agnatorum capite uno minuitur.

Status mutatio] *l.*1. *hoc tit. l.* 2. *de in int. rest.* Græci, καταστάσεως σύγκλησις. Status quoque vocabulum multa significat: sed in hoc tractatu accipitur duntaxat pro eo jure, quod singuli in civitate habemus, nimirum libertatem, civitatem, familiam, quæ tria scitè Chremes apud Terentium in Eunucho his verbis complectitur; *Dico, eam esse liberam, civem Atticam, meam sororem.*

Tribus modis] Tot enim necesse est sint genera capitis minutionis, quot sunt, quæ in persona cujusque civis considerantur, quorumque uno amisso status ejus commutatur, *l.ult.hoc tit.* Qui duo tantùm genera faciunt, magnam & minorem, appellatione magnæ maximam & mediam, quæ hic etiam minor dicitur, comprehendunt, quod facit Ulpian. *l.*1 § *si filius de suis & leg.l.*1.§ *capitis minutio ad senat. Tertyll.* item Calistratus *l.*5.§.*ult. de extraord.cognit.*

TEXTUS.

1. *Maxima capitis deminutio est, cùm aliquis simul & civitatem & libertatem amittit, quod accidit his, qui servi pœnæ efficiuntur atrocitate sententiæ: vel liberis, ut ingratia erga patronos condemnatis; vel his, qui se ad pretium participandum venundari passi sunt.*

NOTÆ.

1. SIMUL ET CIVITATEM ET LIBERTATEM] Hoc semper accidit iis, qui servi efficiuntur; nam sublata libertate tollitur quoque jus civitatis. Sic Regulus capitis minor Horatio, id est, servus factus per captivitatem, *lib.*3.*carm.*

VEL LIBERTIS] Libertus ingratus jure libertatis exuitur & patrono in servitutem redigitur, *l.*2.*C. de libert. & eor. lib.* quod & Attico jure obtinuit, Plat. 11. *de legib.* Plut. in *Solon.* usurpavit Claudius, Suet. *in eius vit. c.*25.

UT INGRATIS] Hotoman. *ingrati*, ut subaudiatur *crimine* vel *indicio*,

COMMENTARIUS.

Cum omnia amittamus, quæ habemus libertatem, civitatem, familiam, maximam capitis deminutionem pati dicimur, *l.ult hoc tit.* Hoc autem iis semper accidit, qui servi efficiuntur. Nam sublata libertate tolluntur quoq; reliqua duo. Sic regulus capitis minor Horatio, id est, servus factus per captivitatem, *lib.*3.*carm.* De modis, quibus quis in servitutem redigitur, plenissimè explicatum est §.*pen. sup. de iur. pers.* & nominatim de servitute pœnæ, *in* §.*pœnæ servus sup. quib. mod. ius pat. pot.*

Ingratia] Ita legit Pacius; alii *ingratis*. Hotomannus *ingrati*, ut subaudiatur *crimine* vel *judicio*. Usurpavit hoc jus Imperator Claudius, teste Suetonio in eius vita *c.* 25. Estque de eo *tit. in Cod. de libert. & eor. lib.*

TEXTUS.

2. *Minor, sive media capitis deminutio est, quum civitas quidem amittitur, libertas verò retinetur, quod accidit ei, cui aqua & igni interdictum fuerit, vel ei, qui in insulam deportatus est.*

NOTÆ.

2. LIBERTAS RETINETUR] *l* 2.§.1. *l.*17.§.1. *de pœn. l.*6. *l.*15. *de int. & rel. Vlp. tit.*11. §.11. Callistratus tamen *l. pen.*§.*ult, de extr. cogn.* diserte ait, aquæ

aquæ & ignis interdictione libertatem adimi: sed nulla erit pugna, si pro *veluti* ibi legas *vel*, quomodo & quibusdam in codicib. legi testatur Accurs.

AQUA ET IGNI INTERDICTUM] De hac pœna vid. Cic. *pro Cacinn. pro dom. pro Corn. Balb.* Lact. *lib. 2. c. 10. Hæ duæ res.* aqua & ignis. *humanam vitam maximè continent*, ait Fest. in verb. *aqua.*

IN INSULAM DEPORTATUS] Deportatione caput eximitur de civitate, & ad peregrinitatem redigitur, salva libertate, *l. 17. §. 1. D. de pœn. l. c. l. 15. de int. & rel.* successit in locum aquæ & ignis interdictionis, vid. *sup. quib. mod. ius pat. pot. §. 1.*

COMMENTARIUS.

1. Cur fontibus olim aqua & igni interdici solitum.

LIbertas retinetur] *l. 2. §. 1. de pœn. l. 6. de interd. & relig.* Obiici solet locus Callistrati in *l. pen. §. ult. de extr. cogn.* Sed locus iste haud dubiè depravatus est, & pro *veluti* legendum *vel*, quomodo & in nonnullis codicibus legi testatur Accursius. Alb. Gentilis citra correctionem rem expedit *lib. 3. lect. 10.* ex una particula *veluti* duas faciens *vel uti.* Nimirum Callistratus sub magna capitis deminutione utramque, & qua libertas, & qua civitas amittitur, complexus est, quod & aliis familiare esse paulo ante monuimus. Nisi quis malit cum Cujacio locum illum de libertate ex jure Quiritium accipere, quasi jure Quiritium liber non sit, qui in numero Quiritium non est, ut disputat. *Cic. in fin. orat. pro Cacinna.*

Cui aqua & igni] Jure à majoribus tradito non licuisse, civem, licet noxium, aut supplicio capitis afficere, aut libertatem ei civitatémve adimere, multi tradiderunt. Cæsar *orat. sua apud Sallust. de bell. Catil.* Cicero in suis *pro Aul. Cacin pro dom. sua, pro Corn. Balb. Lactant. lib. 2. cap. 10.* Cærerum cum ad disciplinæ publicæ vigorem omnino pertineat, delicta & scelera malorum hominum impunita non relinqui, inventa ratio est, qua civitate, salvo instituto majorum, expellerentur. Itaque aqua & igni fontibus interdici cœptum est, ut his duobus tanquam vitæ humanæ præsidiis destituti, si exitium sibi paratum vitare vellent, in exilium profugere, in quam cùm essent recepti, Romanam demum amittebant. Quibus igitur aqua & igni interdicebatur, iis quidem apertè vita non eripiebatur ac ne civitas quidem, (siquidem nulla exilij facta mentione hæc pœna irrogabatur) sed tacitè tamen morte quodammodo multabantur, viq; ipsa expellebantur civitate, cum solo aëre vivere aut regi non possent; nec fas esset eos aut recto recipere, aut aqua & igni, cæterisve quibus vita continetur, juvare, ut ex ead. orat. Ciceronis pro domo sua liquet.

In insulam deportatus] Deportatio species exilii fuit atrocissima, cùm scilicet quis ita damnabatur, ut bonis publicatis nervo aut compedibus vinctus & in navim impositus à servis publicis in certam insulam deportaretur, ibiq; in perpetuum concluderetur. Qua pœna manifestè caput eximitur de civitate, civesque ad peregrinorum conditionem rediguntur, *l. 17. §. 1. de pœn. l. 6. de int. releg.* Non uno autem loco in libris nostris traditū est, deportationem in insulam in locum aquæ & ignis interdictionis successisse, *l. 2. §. 1. pœn. de 3. ad leg. Iul. pec. l. pen. in fin. de extr. cogn.* Itaq; umbra vetusti juris adhuc retenta, aqua & igni interdictos nostri deportatos interpretantur, *l 1. §. hi quibus de leg. 3. l. 1. de publ. iud.* eademque & in aliis locis illorum verborum interpretatio facienda est. Consule *Brisson. lib. 3. sel. antiq. cap. 5.*

TEXTUS.

3. Minima capitis deminutio est, quum civitas retinetur & libertas, sed status hominis commutatur: quod accidit his, qui quum sui juris fuerint, cœperunt alieno juri subjecti esse; vel contra, veluti si filiusfamilias à patre emancipatus fuerit, est capite deminutus.

NOTÆ.

3. STATUR HOMINIS] Ulp. *tit. 11. §. 12.* At idem *l. 1. §. 8. D. ad sen. Tert.* ait hanc capitis deminutionem contingere salvo statu. Solu. contingit salvo statu publico, quem quis ut civis habet, de quo illic; non salvo statu privato familiæ, de quo hic *l. ult. D. eod.* Cujac.

ALIENO IURI SUBIECTI ESSE] Putà adrogati, eorumque liberi, *l. 3. pr. eod. §. pen sup. de adopt.* item dati in adoptionem personæ non extraneæ, *§. 2. sup. d. t.*

EMANCIPATUS] Emancipatus capite minuitur, *l. 8. in fin. cum l. seq. h. t.* quia, ut ait Paul. *l. 3. §. 1. eod.* emancipari nemo potest, nisi in servilem imaginariam causam deductus, alibi tamen rationem petit à familiæ mutatione, *l. ult. eod.* quod contingit etiam hodie, sublata licet imagine servitutis.

COM-

COMMENTARIUS.

1. *Quomodo intelligendum, quod Ulp. scribit, minimam cap. deminutionem salvo statu contingere.*
2. *Non solùm adrogatos capite minui, sed etiam adoptatos, quanquam cum distinctione.*
3. *Emancipati cur capite minui dicantur: & nunnam post, imagine servitutis sublata capite minui desiderent.*

1 SEd *status hoc inis*] Minima capitis deminutio est per quam salva civitate & libertate status duntaxat hominis mutatur *Ulp. de tut.* §. 12. Idem tamen *Ulp. l. 11. §. capitis ad SC. Tertyll.* scribit, hanc capitis deminutionem contingere salvo statu. Quæ videri possunt contradictoria. Et utique essent, si vocabulum status utroque loco eodem modo accipereret: nulla autem contradictio est, si eo vocabulo quod est ὁμώνυμον non in eadem significatione utrobique utatur. Ergo rectè dicit, hanc capitis minutionem contingere salvo statu, sed statu publico, quem quis ut civis habet: rectè item eadem non contingere salvo statu, sed privato, quem quis habet in familia, *l. ult. hoc tit.* In definitione autem, *pr. huius tit.* tradita, appellatione status utrumque continetur.

Qui quum sui juris] Qui §. adrogandum dat, manifesto capite minuitur, quia caput suum in familiam & domum alienam transfert, *l. pen. §. 2. de bon. poss. sec. tab.* Liberos quoque, qui eum sequuntur, de quo dictum §. *pen. sup. de adopt.* capite mi-
2 nui placet, quia & ipsi cum parente familiam mutant, *l. 3. pr. hoc tit.* Sed etsi filiusfa. à patre in adoptionem detur, dicendum est eum capite minui, quia in alienam familiam transit; *l. 4. §. pen. de grad. & affi.* quod tamen ex constitutione Justiniani non aliter nunc contingit, quàm si à non extraneo adoptatus sit, de quo *sup. §. 2. de adopt. & §. antepen. sup. quib. mod. ius patr. pot.*

A patre emancipatus] Emancipatos capite minui, jura agnationis & familiæ perdere, patri post emancipationem extraneos intelligi, tot locis proditum est, ut de eo dubitari non oporteat. Cur autem
3 emancipati capite minui dicantur, hanc rationem affert Paulus *d. l. 3. §. 1 hoc tit.* quia in imaginariam servilem causam deducentur. Unde plerique contendunt, hodie sublata in emancipationibus antiqua servitutis imagine, *l. ult. C. de emanc. l. § præterea sup. quib. mod. ius pat. pot.* emancipatos capite non amplius minui; non magis quàm illi capite minuuntur, qui morte patris aut accessione dignitatis sui juris fiunt, *l. 3. §. ult. de senat. Mac. Nov. 81. c. 2* Sed verendum ne illa Pauli ratio & ipsa aliquid imaginati habeat: certè adæquata non est. Nam primum constat, in adrogationibus nullas venditiones aut manumissiones interveniste, & tamen adrogati, libertique eorum capite minui dicebantur, hoc solo, quod familiam mutarent. Deinde si sublatis illis venditionibus emancipati capite non minuuntur, quid opus fuit, ut Anastasius liberis, qui sine isto ritu emancipantur, jura tutelarum & successionum nominatim conservaret, si parens manumissor id peteret? *l. 11. C. de leg. hær.* Postremò si jura agnationis & familiæ non amitterentur, nisi interventu imaginarii illius contractus, necesse non erat Justinianum specialiter cavere, ut ij, quos dignitas patria potestate eximit, eadem jura integra retinerent, *d. Nov. 81. c. 2.* Quamobrem potius est, ut à familiæ mutatione tationem petamus, quod & ipse Paulus facit *l. ult. hoc tit.* Sic igitur sentio; etiam post venditiones illas sublata rectè dici emancipatis contingere capitis diminutionem: propterea quod non minus nova, quàm veteri emancipatione familiam amitterent, & pro extraneis haberentur, ut ex iis, quæ jam dicta sunt, liquet. Cæterum jure novissimo, quo differentia agnationis & cognationis tum in successione, tum in tutelis penitus sublata est. *Nov. 118. cap. 4. & 5.* vix est ut emancipatio inter generica capitis minutionis referri possit.

TEXTUS.

4. *Servus autem manumissus capite non minuitur: quia nullum caput habuit.*

NOTÆ.

4. SERVUS CAPITE NON MINUITUR] Servile caput nullũ jus habet, *d. l. 3. in fin.* nullum jus, id est, nec familiam, nec civitatem, nec libertatem: sed demum post manumissionem hæc consequitur.

COMMENTARIUS.

SErvile caput nullum jus habet, & ideo nec minui potest, inquit, Paulus *l. in fin. eod.* Quod igitur hic ait Justinianus, servum nullum caput habere, idem est, ac si diceret, servum nullum jus habere aut locum in tribus illis, quæ civium propria esse diximus, libertatem inquam, civitatem, familiam; ad quæ tria in hoc tractatu capitis & status vocabula referuntur, quæ alioqui per se latiùs patent, & de persona servili etiam prædicantur, *tit. de stat. hom. & sup. de iur. pers.*

TEXTUS

TEXTUS.

5. *Quibus autem dignitas magis quàm status permutatur, capite non minuuntur, & ideò à senatu motos capite non minui constat.*

NOTÆ.

5. SENATU MOTOS] Senatu moti existimatio quidem minuitur, *l. pen. de ext. cogn.* integri tamen capitis civis manet, *l. 3. D de senat.*

COMMENTARIUS.

DIgnitas quoque appellatione status generali continetur; ideoque qui senatu vel alio ordine movetur, rectè dicitur circa statum dignitatis plecti, *l. 5. §. 2. de extr. cogn.* sed quia ita moti existimatio duntaxat minuitur; cætera autem, quæ civem propriè constituunt, salva manent, idcircò in hoc argumento dicitur capite non minui, sed civis manere integri capitis, *l. 3. ff. de senator.*

TEXTUS.

6. *Quod autem dictum est, manere cognationis jus etiam post capitis deminutionem, hoc ita est, si minima capitis deminutio interveniat; manet enim cognatio. Nam si maxima capitis deminutio interveniat, jus quoque cognationis perit, ut puta servitute alicujus cognati, & ne quidem si manumissus fuerit, recipit cognationem. Sed & si in insulam quis deportatus sit, cognatio solvitur.*

NOTÆ.

6. SI MINIMA CAPITIS DEMINUTIO] Ex. ca. si L. Titius patruelis meus à patre suo emancipatus sit, agnationis jura amittimus, cognationis retinemus, & ideò ad mutuam successionem ex edicto unde cognati vocamur, §. 1. *inf. de succ. cogn.*

NAM SI MAXIMA] Maxima & media capitis deminutio etiam jus cognationis perimit, quia morti similis est, *l. 63. §. ult. D. pro soc.*

NE QUIDEM SI MANUMISSUS] Ac proinde ad bonorum possessionem unde cognati à prætore non vocatur, *l. 7. D. unde cogn.*

COGNATIO SOLVITUR] Id est, jus, quod cùm adhuc in civitate esset, ut cognatus habebat. Ipsa autem cognatio aut sanguinis conjunctio servitute aut deportatione non tollitur: quæ ob id etiam nuptijs post manumissionem impedimento est, §. 10. *sup. de nupt.*

COMMENTARIUS.

1 *Jus sanguinis seu cognationis quot modis accipiatur?*
2 *Manumissos non recipere cognationem servitute amissam: at beneficio Principis restitutos recipere.*

REdit Imp. ad id, quod in §. *ult. sup. tit.* dixerat, cognationis jus non omnibus modis capitis deminutionis solvi, sicuti solvitur agnatio: qua occasione oblata, simul de capitis deminutione, quo res ea planius intelligeretur, differendum putavit; docetque nunc, quod de cognatione dixit, eam capitis minutione non perinde, ut agnationem, perimi, de minima accipiendum esse: maximam verò & mediam, utpote quæ mortalitati comparantur, *l. verum* 63. §. *societas* 10. *pro soc.* etiam intervertere jus cognationis.

Jus quoque cognationis perit] Huic loco obstare videri potest, quod dicit Pompon. *l. 8. de reg. jur.* jura sanguinis nullo jure civili dirimi posse. Sed sciendum est, jura sanguinis sive cognationis bifariam accipi; vel planè naturaliter, atque pro eo jure, in quo sola sanguinis conjunctio spectatur; vel pro jure, quod cognatis propter cognationem jure civili vel honorario defertur. Illo modo si jus sanguinis accipias, nullo jure civili vel dirimi potest: ut ecce, ius civile efficere non potest, ut qui pater est, pater esse desinat, qui frater, desinat esse frater; ut nuptiæ inter patrem & filiam, inter fratrem & sororem consistant. At posteriore modo acceptum certis personis adimi potest; ut puta potest ius civile efficere; ut ne filius patri, frater fratri certo casu succedat, aut ad bonorum possessionem unde liberi aut unde cognati vocetur Nam hæc iura licet naturalia rectè dicantur propter rem cui tribuuntur, quæ est naturalis cognatio: tamen quia inter cives tantùm instituta sunt, etiam ad ius civile suo modo referuntur, *l. 17. §. 1. de pœn.* unde fit, ut etiam civili constitutione, hoc est, capitis deminutione, perimantur; excepta tamen ea, quæ salva civitate contingit. 1

Ne quidem si manumissus] Is qui servus aliqua ratione factus est, cognationem manumissione non recipit; ac proinde ad bonorum possessionem unde cognati à prætore non vocatur, *leg. 1. §. 2. l. 7. und. cogn. & inf. de serv. cogn. in fr.* Nam dominus quidem libertatem servo imponere potest & 2

jus suum remittere: jus autem cognationis, quod servitute amiserat, ei restituere non potest. Planè qui servi pœnæ effecti beneficio Principis restituuntur, etiam jus cognationis recipiunt, *l.1.§.4. ad Tertyll.l.1.§.ult.l.2.de bon poss.cont.tab.* Atque hoc quidem jure veteri obtinebat. Iustinianus autem postea etiam libertinos ad similitudinem ingenuorum succedere voluit, §.2. *inf. de serv.cogn.* & novissimè libertinos ingenuis per omnia exæquavit, excepto jure patronatus, *Nov.78.*

Cognationem] Hoc est, jus, quod propter cognationem, cùm adhuc liber & in civitate esset, habebat. Cæterum ipsa cognatio aut sanguinis conjunctio servitute non extinguitur: quæ idcircò etiam nuptijs post manumissionem impedimento est, §. *illud sup.de nupt.*

In insulam deportatus] Deportati quoque jura cognationis amittunt: sed à Principe restituti per omnia pristinum statum recipiunt, §. 1. *sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.*

TEXTUS.

7. *Quum autem ad adgnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantùm, qui proximiore gradu sunt: vel si plures ejusdem gradus sunt, ad omnes pertinet: veluti si plures fratres sunt, qui unum gradum obtinent, pariter ad tutelam vocantur.*

NOTÆ.

7. CÙM AUTEM AD ADGNATOS] Ex Caio *l.9. D.de leg.tut.*

QUI PROXIMIORE GRADU] Et hoc æquum est; quia & hi soli vocantur ad legitimam impuberis successionem, *inf. de leg.agn. succ.*

AD OMNES] Ita tamen, ut uni decerni possit administratio, *l.5.§.2.D.de leg.tut.*

COMMENTARIUS.

QVi proximiore gradu] Æquum enim est, ut illi onus tutelæ subeant, qui & ad successionem vocantur, vocantur autem soli agnati proximi, *inf. de leg.agn. succ.*

Ad omnes pertinet] Si plures sint agnati eodem gradu, pariter omnibus tutela defertur, *l.8.& l.9. de leg.tut.* nempe quia & ad hæreditatem omnes simul admittuntur, §.5. *inf. de leg. agn. succ.* Quid ergo si aliqui ex proximioribus, vel etiam omnes mortui sint, vel capite minuti? Et quidem quandiu unus adhuc superest, & in familia est, tutela penes eum remanet, per *l.3.§.5.de leg.tut.* Cæterum si omnes decesserint, vel capite minuti sint, sequentes in tutelæ administrationem succedunt, *d.l.3.§. pen.* Quia in re tutela legitima olim differebat à legitima agnatorum hæreditate, in qua placebat successionem non esse, hoc est, si proximi defecissent, in sequentium gradum non admitti, §. *placebat, inf. d. tit.* Enimverò nec in tutela semper admittitur successio: nam si proximus vel excusatus sit, vel remotus, sequentes non succedunt: sed in locum abeuntis alius à magistratu datur, *arg.d.l.3. §. quæri.* Idem dicendum videtur & si proximus idoneus non sit ad tutelam gerendam, *arg. §. pen. inf.de curat.l.non solùm 10.§. si libertus, de excus.* quasi hic proximus gradus adhuc supersit. Novissima Iustiniani constitutione legitima tutela cognatis juxta defertur, ac agnatis, *Nov.118. cap.5.* ut Platonis quoque lege cautum, ἐπιτρόπους εἶναι τοὺς ἐγγύτατα γένει πρὸς πατρὸς καὶ μητρὸς. *lib.11.de legib.*

TITULUS XVII.

Legitima Patronorum tutela.

Continuatio.

EX quatuor generibus, in quæ tutelam legitimam distribuimus, primum explicatum est, tutela agnatorum: alterum nunc sequitur, patronorum, qui & ipsi propriè legitimi tutores sunt ex ratione & mente legis 12. tabb. *l.1. l.3. de leg.tut. junct. l.6. §.1. de verb. sign.*

TEXTUS.

Ex eadem lege duodecim tabularum libertorum & libertarum tutela ad patronos liberosq; eorum pertinet: quæ & ipsa legitima tutela vocatur, non quia nominatim in ea lege de hac tutela caveatur: sed quia perinde accepta est per interpretationem, ac si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso, quod hæreditatis libertorum libertarumq;, si intestati decessissent, jusserat lex ad patronos, liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres, voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere: quum & adgnatos, quos ad hæreditatem lex vocat, eosdem & tutores esse jusserit: quia plerumque ubi successio-

Ministerio de Cultura 2024

successionis est emolumentum, ibi & tutelæ onus esse debet. Ideo autem diximus, plerumque: quasi fœmina impubes manumittatur, ipsa ad hæreditatem vocatur, quum alius sit tutor.

NOTÆ.

NON QUIA NOMINATIM] Specialiter, sive disertis verbis, ut lex vocat agnatos, *l.3. de leg. tut.*

PER INTERPRETATIONEM] Per consequentias hæreditatum, quæ ex ipsa lege patronis datæ sunt. Ulp. *d.l.3. & in fragm. tit.* 11 §.3.

AC SI VERBIS LEGIS] Legitimum est, tam quod ex legis interpretatione proficiscitur, quàm quod ex verbis, fac. *l.6. §.1. de verb. sign.*

CREDIDERUNT VETERES] Recta & juri naturæ conveniens prudentium hæc collectio, *l.10. de reg. jur. l.un. §.4. C. de cad. toll.*

QUIA SI A FOEMINA] *l.1. §.3. l.3 §.4. D. de leg. tut.* ratio est, quia tutela officium virile est, & munus publicum, *inf. de excus. tut. in pr.* à quibus fœminæ remotæ, *l.2. de reg. jur. l.16. l.ult. D. de tutel.* excipiuntur mater & avia, quibus liberorum suorum tutelam gerere tamdiu permittitur, donec ad secundas nuptias transeant; modò inter gesta SCti. Vellejani auxilio renuntiet, *auth. matri cum seq. C. quand. mul. off. tut.*

COMMENTARIUS.

NON *quia nominatim*] Lege 12. tabb. patronis tutela defertur non propalam nominatim & disertis verbis, quemadmodum agnatos lex vocat, sed per consequentias hæreditatum, quæ ex ipsa lege patronis datæ sunt, *l.3. pr. de leg. tut. Ulp. de tutel. §.2.*

Per interpretationem] Prudentum scilicet, quibus permissum erat leges publicè interpretari, & consulentibus de jure respondere, *§. responso prudentum sup. de jur. nat. gent. & civ. l.2. §. his leg. 5. de orig. jur.*

Perinde accepta est] Verbum *ex legibus*, ait Ulp. sic accipiendum est, *tam ex legum sententia, quàm ex verbis, l.6. §.1. de verb. sign.* & Celsus, *Scire leges*, inquit, *non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem, l. scire de legib.*

Vbi successionis est emolumentum] Prudentum collectio fuit, patronos ideo ad tutelam libertorum à lege vocari, quia vocantur ad eorum intestatorum hæreditatem, hoc argumento, quod non aliam ob causam tutela agnatis delata fuit, quàm quod & ipsos ad hæreditatem lex vocasset, *l.1. de leg. tut.* Rectè & naturæ juris convenienter, quo comparatum est, ut incommoda cujusque rei eum sequantur, quem sequuntur commoda, *l.10. de reg. jur. leg. un. §. pro secundo, Cod. de cad. toll.*

A fœmina manumittatur] Interdum alibi est hæreditas, alibi tutela: quod fit, cùm illi, qui ad hæreditatem vocantur, non sunt idonei ad tutelam administrandam; ut puta si fœmina manumiserit, aut consanguinea sit pupillo, *d.l.1. §.1.* quippe tutela virile munus est, *l.16. l.ult. de tutel. l.2. de reg. jur.* Excipiuntur mater & avia, quibus liberorum suorum tutelam gerere tamdiu permittitur, donec ad secundas nuptias transeant, ea tamen conditione, ut inter gesta Senatusconsulti Vellejani auxilio renuntiet, *auth. matri & aviæ cum auth seq. C. quand. mul. off. tut.*

TITULUS XVIII.

De legitima Parentum tutela.

TEXTUS.

Exemplo patronorum recepta est & alia tutela, quæ & ipsa legitima vocatur: nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio deinceps, impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

NOTÆ.

QUÆ ET IPSA LEGITIMA] Ulpianus fiduciariam appellat, *tit.11. §.4.* & revera fiduciaria est. Obtinuit tamen ut legitima potius diceretur, *l.5. C. de dol. mal.* qui exemplo legitimæ patronorum tutelæ introducta est, *l.3. §. ult. D. de leg. tut.* eo quod parens manumissor patroni personam induit, filius manumissus liberti exitum patitur, *l.1. D. si à par. man. §. ult. inf. de leg. agn. succ.* Hotom.

COMMENTARIUS.

HERTIA species tutelæ legitimæ parentum est, qui liberos impuberes contracta fiducia emanciparunt; id quod ex constitutione Justiniani semper fieri intelligitur, *§. ult. de leg. agn. succ. l. ult. C. de emanc. lib.* repete quæ notavimus ad *§. præterea sup. quib. mod. jus pat. pot.* Hæc autem tutela non eodem modo per interpretationem legis 12. tabb. introducta est, quo præcedens illa patronorum: neque enim ut lex patronos ad successionem liberorum vocat, ita & vocat parentes ad successionem liberorum emancipatorum: unde Ulpianus hanc tutelam non legitimam, sed *fiduciariam* appellat, *tit. de tutel. §.4.* Cæterum quia ad similitudinem tutelæ patronorum

rum jure civili introducta est, eo quod parens, qui filium manumittit, patroni personam induit, atque ob hoc ad legitimam filij, qui liberti patitur exitum, *l.1. si à par. quis man.* hæreditatem vocatur: *l.10. de suis & legit. l.2. C. ad sen. Tert. §. ult. inf. de leg. agn. succ.* obtinuit ut etiam hæc tutela legitima potius diceretur quàm fiduciaria; quasi & ipsa ad rationem legis duodecim tabb. pertineret, quam etiam ob causam parens manumissor vicem dicitur legitimi tutoris sustinere, *l. 3. in fin. de leg. tut.*

TITULUS XIX.

De Fiduciaria tutela.

TEXTUS.

Est & alia tutela, quæ fiduciaria appellatur: nam si parens filium, vel filiam, nepotem, vel neptem, vel deinceps impuberes manumiserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam. Quo defuncto si liberi ejus virilis sexus existant, fiduciarij tutores filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, vel cæterorum efficiuntur. Atqui patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoque ejus legitimi sunt tutores, quoniam filius quidem defuncti, si non esset à vivo patre emancipatus, post obitum ejus sui juris efficeretur, nec in fratrum potestatem recideret, ideoque nec in tutelam: libertus autem si servus mansisset, utique eodem jure apud liberos domini post mortem ejus futurus esset. Ita tamen hi ad tutelam vocantur, si perfectæ sint ætatis: quod nostra constitutio in omnibus tutelis & curationibus observari generaliter præcepit.

NOTÆ.

QUÆ FIDUCIARIA APPELLATUR] *l.4. D. de leg. tut.* per abusionem inopia alterius nominis, ut rectè conjicit Hotom.

FILIORUM SUORUM] Igitur & pater filij sui ab avo emancipati, contra quam existimant Cujac. Hotom. & Fabrot. Nam cum ad patrem, quantumvis hæredem, jus patronatus, quod avus in nepote habuit, non transeat, *l.1. §.1. si à par. man.* nec tutela, cui jus illud causam dedit, transire potest, consule Bacch. & nostra hic in *Comm.*

QUONIAM FILIUS QUIDEM DEFUNCTI] Ratio hæc particularis est, vera & generalis hæc, quod lex 12. tabb. non modò patronos, verùm etiam liberos eorum ad legitimam successionem libertorum vocat, & consequenter etiam ad tutelam, *sup. de leg. patr. tut.* pater vero aut frater filij sui aut fratris ab avo vel patre emancipati legitimi hæredes non sunt: nec igitur legitimi tutores, *l.1. unde legit. l.5. unde cogn.* qua de re supervacuum plura monere, cum pridem fiduciaria tutela sublata sit, *l.4. C. de leg tut. Nov.118. c.5.*

SI PERFECTÆ SINT ÆTATIS] *l. ult. §.4. Cod. de leg. her.* id est, 25. annorum, *l.1. § 2. D. de min. l. ult. C. de leg. tut. l. ult. C. de his qui ven. at. l.4. l.8. D. de leg. tut. l.10. §.1. D. de tutel.* Quæ hic notat Cujac. & exscripsit Pac. olim ita jus fuisse; ut minores 25. annis legitimi & dativi tutores fierent, &c. ex errore nata sunt Bach. ad §.13 *inf. de exc. tut.*

COMMENTARIUS.

GENERALI tutelæ legitimæ appellatione etiam fiduciariam complexi sumus *sup. de leg. agn. tut.* quia & ipsa vicem quadantenus legitimæ sustinet: ut enim tutores legitimi, ita & fiduciarij ipso jure tutores fiunt & excludunt Attilianos: unde & permixtè ijsdem locis, quibus de legitimis tutoribus disputatur, etiam de fiduciarijs quæritur, ut *hic & in l.4.* Cæterum quia hæc tutela nulla interpretatione referri potest ad legem duodecim tabularum, ideo non legitima, sed peculiari nomine fiduciaria appellata est: haud dubiè per abusionem vocabuli, quod cum in patre, cui alioqui soli id propriè convenit, non valuisset, ad liberos ejus quasi hæreditarium transiatum est inopia alterius nominis, ut rectè conjicit D. Horom.

Filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, vel cæterorum] Observandum hic est, tres fiduciariæ tutelæ quasi gradus à Iustiniano poni, quorum primus est filiorum; alter fratris vel sororis; tertius cæterorum. Non igitur frater tantum fratris emancipati, aut patruus fratris filii, defuncto patre suo emancipatore & tutore legitimo, fiduciarii tutores sunt: sed etiam ipse pater filii sui, ab avo emancipati, eo mortuo, non legitimus, ut avus, sed fiduciarius tutor erit: contra quam Hotom. & Mynsing. existimant. Cur autem ne hic quidem legitimus sit, mox intelligetur.

Atqui patrono] Πρόληψις. Videri enim poterat dicendum esse, hosce omnes esse tutores legitimos, exemplo liberorum patroni, qui patrono legitimo tutore mortuo legitimi fiunt tutores liberti.

Ministerio de Cultura 2024

liberti. Sed exemplum hoc dissimile est. Nam lex duodecim tabb. non modo patronos, verum etiam liberos eorum ad legitimam successionem libertorum vocat, & consequenter etiam ad tutelam, eadem videlicet ratione, qua vocantur patroni. Pater autem aut frater filij sui aut fratris ab avo vel patre emancipati legitimi hæredes non sunt: nec igitur legitimi tutores, *l. 1. unde legit. l. 5. unde cogn.* Atque hæc ratio generalis est, pertinens ad omnes personas, quas enumeravimus. Aliam etiam mox reddit Iustinianus.

Quoniam filius quidem] His verbis occurritur præpositæ objectioni. Ratio autem diversi juris, quam hic Iustinianus affert, particularis est, & claudicare videtur in nepote ab avo emancipato. Etenim nepos si emancipatus non fuisset, post mortem avi in potestatem patris sui in potestate rerenti recidisset: ideoque ex ratione Iustiniani etiam in legitimam patris sui tutelam post mortem avi recidere debet. Nisi dicamus in eo adhuc differentiam esse, quod ad liberos patroni jus patronatus jure hæreditario redit, ac proinde & tutela legitima, quæ jus illud sequitur; prorsus ut libertus, si servus mansisset, post mortem domini in potestatem liberorum ejus hæreditate perveniisset. At liberi non jure successionis, sed proprio patris jure in potestatem ejus recidunt; quippe qui & exhæredatus eandem potestatem retineat: neque ad patrem, quantumvis hæredem, jus patronatus, quod avus in nepote habuit, transit, *per l. 1. §. pen. si à par. quis man.* ut mirum non sit eum non succedere in tutelam, qui non succedit in jus patroni, aut in potestatem, quæ tutelæ causam dedit. Rectè autem hic notant interpp. fiduciarios tutores esse desijsse, ex quo fratres emancipati ad legitimam fratrum tutelam ab Anastasio vocati sunt, *l. 4. C. de legit. tut.* Maximè verò jure novissimo, quo juris agnatici & cognatici discrimen hac in parte penitus sublatum est. *Nov. 118. cap. 4. & 5.*

Nec in tutelam] Subaudi, *legitimam emancipatus recidit.* Alioqui perspicuè falsum esset: nam ex fratribus in potestate retentis, patre mortuo, qui eorum ætatis perfectæ est, alterius fratris legitimus fit tutor. D. Hotomannus putat, totum hoc adventitium esse, atque à glossatore annotarum.

Perfecta ætatis] *l. ult. §. 4. C. de leg. hær.* Ætatem autem perfectam appellat, qua completur virilis vigor, nempe annorum quinque & viginti, *l. 1. § 2. de min. cap. 4. l. 8. de leg. tut. l. ult. C. eod. l. ult. C. de his qui ven. ætat.* Quæ notat Cujacius, & Pacius exscripsit, olim ita jus fuisse, ut minores 25. annis legitimi & dativi tutores fierent, &c. falsa esse ostendimus *inf. de excus. §. item major.*

TITULUS XX.

De Attiliano Tutore, & eo, qui ex lege Iulia & Titia dabatur.

Continuatio, & summa tituli.

PRogreditur nunc Imp. ad tertiam tutelæ speciem, nempe dativam sive Attilianam, cujus postrema ratio est; docetque quibus ex legibus, à quo magistratu, & quando tutores dentur. Postremò nonnihil attexit, quod ad tutores omnes & officium eorum in universum pertinet.

TEXTUS.

Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur in urbe quidem à prætore urbano & majore parte tribunorum plebis tutor ex lege Attilia: in provincijs verò à præsidibus provinciarum ex lege Iulia & Titia.

NOTÆ.

NULLUS OMNINO TUTOR] Neque testamentarius, neque legitimus, aut qui sub illis continentur, confirmandus & fiduciarius.

MAJORE PARTE TRIBUNORUM PLEB.] Ulp. *tit. 11. §. 17.* majore parte, id est, sex: erant enim decem, *l. 2 §. 34 de orig. jur.* Liv. *lib. 3.* Halic. *lib. 6.*

EX LEGE ATTILIA] Duo hic notanda; 1. jus dandi tutores non competere magistratui vi suæ jurisdictionis, sed ex speciali legis concessione, *l. 6. § 2. D. de tutel. 2.* lege Attilia sublatum in hac causa fuisse jus intercedendi collegarum. Hotom.

LEGE IULIA ET TITIA] Unica hæc lex fuit, ut lex Iulia & Papia, & quando aut à quibus lata sit, parum constat.

COMMENTARIUS.

NVllus omnino] Neque testamentarius, neque legitimus, aut qui sub illis continentur, à magistratu confirmandus & fiduciarius. Atque hæc species ex duabus summis, quæ locum Attiliano tutori faciunt, prima est. Altera est in *§. 1. hujus ejusdem tituli.* Duæ autem causæ in hoc Principio indicantur, quas ad constitutionem hujus tutelæ concurrere oportet: una est remotior, nimirum leges Attilia, Iulia & Titia, quæ quando aut à quibus latæ, parum constat: altera propinqua

est, videlicet factum magistratus, cui ex istis legibus jus dandi tutores competit; ut in urbe prætori cum tribunis plebis, in provincijs præsidibus earum. Unde discimus eos solos jus dandi tutores habere, quibus id nominatim lege aliqua concessum est, *l.6.§.2.de tutel.*

Majore parte tribunorum] Id est, sex: erant enim decem, *l.2.§.34.de orig.jur. Liv.lib.3 Halicarn.lib.6.* hoc autem non sic accipiendum est, quasi prætor unà cum sex tribunis quem vellet tutorem dederit: sed quod cùm omnes tribuni adhiberentur, ex sententia tamen majoris partis tutor creandus esset, sublato in hac causa jure intercedendi collegarum: cùm alioqui vel unius è collegis intercessione impediri potuisset, quod cæteri decrevissent, ut rectè hic monet D. Hotom. & passim testatur Livius.

TEXTUS.

1. *Sed etsi in testamento tutor sub conditione, aut ex die certo datus fuerat, quamdiu conditio aut dies pendebat, ex ijsdem legibus tutor alius interim dari poterat. Item si purè datus fuerat, quamdiu ex testamento nemo hæres existebat, tamdiu ex eisdem legibus tutor petendus erat, qui desinebat esse tutor, si conditio extiterat, aut dies venerat, aut hæres extiterat.*

NOTÆ.

1. ALIUS INTERIM DARI POTERAT] Quia quamdiu testamentaria tutela speratur, legitima cessat, *l.11.de test.tut.*

QUAMDIU NEMO HÆRES] *Ex l.10.eod.* Ratio, quia tamdiu cætera quoque omnia in suspenso sunt, quæ scripta sunt in testamento, ita ut hæreditate non adita simul cum testamento corruant, *l.9.eod.*

QUI DESINEBAT ESSE TUTOR] Hoc ad modos, quibus finitur tutela Attiliana, pertinet *§.2. & pen.inf.quib.mod.tut. fin.*

COMMENTARIUS.

1 *Tutor ex certo die testamento datus cur statim non fiat tutor.*

2 *Cur placeat testamentariam tutelam in suspenso esse, quamdiu nemo hæres ex testamento existit.*

3 *Quibus casibus accidat, ut inter mortem testatoris & aditionem hæreditatis pluisculum temporis intercedat.*

4 *Aliquando etiam ad adeundum hæreditatem impleberi tutorem à magistratu dandum.*

HIc alter casus proponitur; quo tutor à magistratu datur, nempe si is, qui testamento datus est, impediatur, quo minus in præsentia tutelam capessat. Sic enim in universum jus est, ut quamdiu speratur tutela testamentaria, legitima cesset, *l.11.de test.tut.* Impedimenta hæc quatuor ex causis potissimum oriuntur: vel quod tutor testamento datus sit sub conditione; vel quod ex certo die; vel quod hæres institutus aditionem hæreditatis protrahat: vel denique quod qui testamento datus est, ab hostibus captus sit, de quo §.seq.

Sub conditione aut ex certo die] *Ex d.l.11.de test.tut.* De conditione res certa est: quippe quæ actus omnes suspendit, *§.4.inf.de verb.obl.* Dies quoque incertus pro conditione est, *l.1.§.2. l.dies 75.de cond. & dem.* De certo die justa esse poterat dubitandi ratio, Nam sicut obligationi dies certus adjectus 1
non impedit, quominus quod promissum est, præsenti die debeatur; *§.1.inf de verb.obl.* ita & tutor ex die datus videri poterat statim tutor esse, ut jam alius tutor dari non posset, propter regulam traditam, *§.pen. inf. de curat.* Sed claudicat comparatio. Quippe ratio non patitur, ut dicamus eum tutorem esse, in quem nihil juris ante diem testator collatum voluit.

Nemo hæres existebat] Hoc idem traditur in *l.10.* 2
pr.de test.tut. & ratio est, quia quamdiu pendet aditio hæreditatis, tamdiu quoque in suspenso sunt omnia, quæ in testamento scripta sunt; atque ut adita demum hæreditate confirmantur, ita ea non adita unà cum testamento corruunt, *l.9.d.tit.* Potest 3
autem fieri, ut inter mortem testatoris & aditionem hæreditatis pluisculum temporis intercedat, vel quod hæres sub conditione institutus sit, vel quod diebus cretionum aut jure deliberandi utatur. Cæterum hæc ad eum duntaxat casum referri posse videntur, quo confirmatio testamenti pendet ab aditione hæredis instituti. Nam si filium impuberem, quem in potestate pater habet, tutore dato simul hæredem instituit, is ut suus hæres & necessarius ipso jure hæreditatem capit, *§.2.inf.de har.qual.* Atque ut statim post mortem patris & ipso jure hæres existit, ita & tutela hoc ipso statim confirmatur, cùm, ut Io. Faber loquitur, suitas pro aditione sit, *l.14.de suis & leg.* quod latius persequitur An. Fab. *Jurispr.tit.qui test.tut.pr.1.tit.18.* At finge patrem filio impubere, cui tutorem dedit, exhæredato extraneum hæredem instituisse, dum hæres de adeunda hæreditate deliberat, alius interim tutor à magistratu petendus erit. Idem dicendum est si pater filio emancipato sive exhæredato

dato sive præterito tutorem dederit : nam & confirmandus pro testamentario est. Necesse est autem prius testamentum confirmari aditione hæredis, quàm à prætore confirmetur, qui tutor datus est. Sed &, si pater filio emancipato hæredi instituto, aut mater liberis, aut extranei extraneis item hæredibus institutis tutorem dederint, adhuc à magistratu tutor dandus est ad adeundam hæreditatem, quoniam curatoris auctoritas ad hoc inutilis est, *l. 9. de tut. dat. l. 19. de auct. tut. l. 17. §. 1. de appell.* Verum hujusmodi species non videtur ad propositum pertinere, propterea quod Iustinianus hic agit de tutore non ad unum aliquem actum, sed simpliciter dando.

Qui desinebat esse tutor] Pertinet hoc ad modos, quibus finitur tutela Attiliana, de quibus agitur in *§. 2. & pen. inf. quib. mod. tut. finitur.*

TEXTUS.

2. *Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor petebatur ; qui desinebat esse tutor, si is, qui captus erat, in civitatem reversus fuerat. Nam reversus recipiebat tutelam iure postliminii.*

NOTÆ.

2. AB HOSTIBUS CAPTO TUTORE] Ex Ulp. *l. 1. §. 2. D. de leg. tut.* propter incertum eventum tutoris redituri.

IURE POSTLIMINII] Quasi si apud hostes decesserit? succedit legitimus, *l. 11. §. ult. tit. l. 9. §. 2. de tut. & rat. distr.*

COMMENTARIUS.

Ab hostibus capto] Idemque erat, si tutor legitimus apud hostes esset, *l. 1. §. 2. de legit. tut.* Nam propter incertum eventum tutoris redituri, quo plenius pupillo prospiceretur, tutorem potius, quàm curatorem, dari placuit, *arg. l. 17. §. 1. de appell.*

Recipiebat tutelam] At quid si tutor captus apud hostes decesserit? Legitimus nimirum hoc est, agnatus proximus tutelam in prætorio tutore finitam excipiet, *arg. l. 9 §. 2. de tut. & rat. distr. l. 11. §. 3. de test. tut.* Qua ratione dicendum est, etiam legitimo tutore capto atque apud hostes mortuo eum, qui interim à magistratu datus erat, tutorem esse desinere, atque ad insequentis gradus agnatos tutelam reverti.

TEXTUS.

3. *Sed ex his legibus tutores pupillis desierunt dari, posteaquam primò consules pupillis utriusque sexûs tutores ex inquisitione dare cœperunt, deinde prætores ex constitutionibus. Nam suprà dictis legibus, neque de cautione à tutoribus exigenda, rem pupillis salvam fore; neque de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem, quicquam cavebatur.*

NOTÆ.

3. PRIMO CONSULES] Quod à Claudio Cæsare institutum tradit Suet. *cap. 23.* Plin. 9. *ep. 13.* datum se à consulibus tutorem Helvidij filiæ.

EX INQUISITIONE] Apud Theoph. vulgò legitur κατὰ *jurisdictionem*, ad quem modum etiam Hotom. locum emendat; sed perperam, & in MSS. Th. est κατὰ ἐνκεκριτίονα, teste Fabror.

PRÆTORES] Scil. soli absque tribunis. Prætorem tutelarem primus fecit M. Antonius Philos. Capitolinus in *ejus vit.*

NEQUE DE CAUTIONE] *Vid. inf. de satisd. tut. pr. & §. 3.*

COMMENTARIUS.

1 *Qua sit ratio cogendi tutores ad tutelam capessendam.*

Primo consules] Primus Imperator Claudius auctore Tranquillo, sanxit, ut pupillis extra ordinem à consulibus tutores darentur. Quod jus videntur consules aliquando etiam usurpasse, cùm jam tutorum creatio ad curam prætoris potissimè pertineret, arguit certè id locus Modestini in *l. 1. §. 1. de conf. tut.* in verbis, ὅτι ἐν τῇ Ῥώμῃ κατάγουσι ἐξουσίας.

Ex inquisitione] D. Hotom. reponit, *ex jurisdictione*, quomodo etiam legisse videtur Theophilus, qui vertit κατὰ *jurisdictionem*. Et sanè probabile non est, antea temerè & sine ulla inquisitione tutores dari potuisse, quanquam necesse non est textum ob id mutare : nam fortassis constitutionibus demum ratio inquirendi certò definita est. Discimus autem ex Modestino, quatuor potissimum in rebus eam consistere, ut inquiratur, tutor creandus sitne vitæ frugi, & honestis moribus; sitne locuples, num se ingerere voluerit, ut crearetur; denique num pecunia data tutelam ambierit, *l. scire oportet 21. §. ult. de tut. & cur. dat.*

Prætores

Prætores ex constitutionibus] Iul. Capitolinus hoc tribuit M. Antonino Philosopho; *Prætorem*, inquit, *tutelarem primus fecit, cùm ante tutores à consulibus poscerentur, ut de tutoribus diligentius tractaretur.* Atque hic iterum observandum, neque consules neque prætores vi imperij aut magistratus sui jus dandi tutores habuisse, sed tum demum habere cœpisse, postquam de ijs specialiter datum est constitutionibus Principum.

Nam supradictis legibus] Duplicem causam affert, cur tandem ex legibus Attilia, Iulia & Titia tutores amplius dari non placuerit: una est, quia istis legibus nihil cavebatur de satisdatione à tutoribus exigenda, rem pupilli salvam fore: altera, quia nihil definiebant de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem, quod utrumque factum est constitutionibus. Neutrum autem proprium est hujus generis tutorum: nam cautio vel maximè ad legitimos pertinet, ut videbimus *inf. de satisd. tut.* Coactio verò omnium tutorum communis est. Coguntur autem extra ordinem remedijs
1 prætorijs, videlicet multæ dictione aut capitis pignoribus, *l. 1. de adm. tut. l. 7. C. de susp. tut. l. 9. de mun. & hon. §. pen. inf. de satisd. tut.* Nostris moribus certo loco addici solent, cauponæ sive diversorio, quæ forma compellendi & exequendi *Gyselinge* vocatur, & apud nos usitata est in præstatione facti, *vid. art. 31. ord. just. & art. 14. cum 2. seqq. amp. Inst. cur.* Compelli tamen & alia paratæ sive præsentaneæ executionis via possunt, si hoc consultius videbitur, *art. 11. status. Rhynland.*

TEXTUS.

4. *Sed hoc jure utimur, ut Romæ quidem præfectus urbi, vel prætor secundùm suam jurisdictionem, in provincijs autem præsides ex inquisitione tutores crearent, vel magistratus jussu præsidum, si non sint magnæ pupilli facultates.*

NOTÆ.

4. PRÆFECTUS URBI] *l. 45 §. 3. D. de excus.* de officio hujus magistratus consule tit. *D. de off. præf. urb.* Gruch 2. *de comit. 2.*

SECUNDUM SUAM IURISDICTIONEM] Prætoris imperium muris urbis definiebatur, præfecti urbis usque ad centesimum lapidem, *l. 1. §. 1. de off. præf. urb.*

PRÆSIDES] Hoc nomine hic videntur intelligi omnes, qui provincias regunt, non soli legati Cæsaris, *l. 1. D. de off. præf.* junct. *l. 1. D. de tut. dat.*

EX INQUISITIONE] Quæ quibus in rebus consistat, docet Mod *l. 21. §. pen. & ult. de tut. dat.*

MAGISTRATUS] Intellige municipales, *l 3 d. tit. l. 2. §. 23. D. ad sen. Tertyll.* Græci στρατηγοὺς appellant. Theoph. Basil.

COMMENTARIUS.

1 *Iure magistratus quæ competere dicantur, & quæ specialiter tributa.*

2 *Ea quæ jure magistratus competunt, mandata jurisdictione transire; specialiter concessa non item.*

3 *Vocabulo jurisdictionis latè sumpto etiam ea, quæ specialiter tribuuntur, non absurdè ea referri.*

PRæfectus urbi] Qua primùm lege tutoris dandi potestas præfecto urbis data sit, non memini legisse: datam tamen constat, *l. Titius 45. §. Romæ de excus. l. 1. C. de tut. illustr.* Olim hic magistratus juri dicundo constituebatur ad tempus, regibus aut magistratibus urbe profectis. Post cœpit constitui ad paucos dies tantùm, quoad solemne sacrum feriarum Latinarum peractum esset. Primus Augustus præfecturam urbanam perpetuam fecit, teste Tacito 6. *annal.* Auxit deinde potestatem præfecti Divus Severus, dataque ei cognitio de omnibus criminibus, non tantùm in urbe, sed etiam in Italia, usque ad centesimum ab urbe lapidem, *l. 1. de off. præf. urb.* Consulatur *Gruch. 2. de comit. 2.*

Secundùm jurisdictionem] Quod semel atque iterum in transitu diximus, tutoris dationem magistratui non competere jure sui magistratus, aut vi jurisdictionis, quam habet; sed ex speciali concessione vel legis vel Principis, id operæ pretium est explicatius considerari: ita enim planè intelligemus, quid his verbis, *secundùm jurisdictionem suam*, Iustinianus significet, & simul, utrum mandata jurisdictione, jus dandi tutores transeat, nec ne. Iure magistratus competere propriè dicuntur, quæ quisque magistratus ex 1
natura officij sui habet, sive ob id, quod propterea initio creatus est. Igitur quæ prætor habet ut prætor, præses ut præses, &c. jure sui magistratus habere dicuntur. Verbi causa, prætor initio constitutus est ad hoc, ut in urbe juri dicundo præesset, *l. 2. §. cumque consules 27. de orig. jur.* Prætori igitur jure magistratus sui competit jurisdictio, & imperium, quod jurisdictioni cohæret, in causis, de quibus, & inter personas, quibus jus reddere jussus est. His opponuntur quæ specialiter lege aliqua vel constitutione magistratui postea tributa sunt, *l. 1. de off. ejus cui mand.* Cuiusmodi

jusmodi est imperium, quod dicitur merum, *d.l.*1. item actiones legis, quæ in specie sic appellantur, ut adoptio, emancipatio, manumissio, *arg. l.*2. *&* 3. *de off. proconf. l.*1. *de off. jurid. l.*1. *C. de adopt. Paul.*2. *sent.*25. atque hujus quoque generis est tutoris datio, *l.*6. §.2. *de tutel.* Ex quo loco apparet, lege concedi non tantùm ea dici, quæ in causis singulis specialiter singulis conceduntur, puta Titio aut Mævio: sed etiam quæ in universum tribuuntur, & sub nomine officij, puta prætori, præsidi, &c. Quæ jure magistratus competunt, natura sua insunt jurisdictioni, & ideò mandata jurisdictione transeunt; quæ autem specialiter magistratui concessa sunt, non transeunt: quia ea non ex natura officij sui habet, sed ex nova & adventitia auctoritate, quæ ad officium & jurisdictionem magistratus, cui tributa sunt, necessariò non pertinet, *l.*1. *de off. eius cui mand. l.*8. *de tut. & cur. dat. d.l.*2. *&* 3. *de off. proconf.* Cæterum si latius verbum jurisdictionis, aut hæc verba, *jure magistratus*, accipias, etiam ea, quæ ita, uti diximus, magistratui specialiter concessa sunt, ad officium ejus aut jurisdictionem pertinere, haud absurdè dixeris, *arg. l.*1. *jurisd. l.*3. *pr. de postul. l.*1. §.5. *jud. solv. d. l.*2. §.1. *de off. proconf.* utique accessione novæ auctoritatis plenius atque auctius officium ejus factum. In latiori autem hac significatione accipiendum, quod hic dicitur, *secundum jurisdictionem*, quanquam hæc verba & aliam interpretationem satis commodam admittunt, nimirum ut intelligamus, prætorem non alio in loco tutorem dare posse, quàm in quo jurisdictionem habet, neque alijs personis, quam quæ jurisdictioni ejus subjectæ sunt, *per l.*1. *in fin. l.*3. *de tut. d.t. l. ult. de jurid.* ut *secundum jurisdictionem suam* idem valeat, quod *secundum territorium jurisdictionis suæ*: puta Romæ duntaxat, aut in vicinis urbi municipijs, *arg. l.*5. *de confirm. tut. D. Tulden. hic c.*3. *post Mynsing. & alios.*

Præsides] Generali nomine præsidis & proconsul & præfectus Ægypti, omnesque, qui provincias regunt, appellantur, *l.*1. *de off. præf.* quibus item omnibus tutores dare permissum est, *l.*1. *de tut. & cur. dat.* Specialiter autem præsides dicuntur, qui aliàs legati Cæsaris, *l. pen. ff. de off. præf.* nimirum qui mittebantur in provincias Principis, seu eas, quas Principes sibi reservaverant. De quo vid. *Dion. lib.*53. *Sueton. in Aug. c.*47.

Magistratus jussu præsidum] Hoc non ita accipiendum est, quasi vi hujus jussus aut mandati magistratus municipales tutores dare potuerint, (nam ijs quoque hoc jus specialiter datum est, *leg.* 3. *de tut. dat.*) sed ideò dicitur, quia non ante hoc jus usurpare poterant, quàm rem ad præsidem, cujus primæ partes erant, detulissent, isque eam, quod fortè alijs negotijs avocaretur, nec magnæ essent pupilli facultates, ad eos remisisset, *l.*1. §. *si præses, & §. si curatores de mag. conv.* Nec admodum dissimile est exemplum legati proconsulis, qui mandata demum à proconsule jurisdictione tutorem dare potest, *l.*13. *junct. l. pen. de off. proconf.* nec tamen propter mandatam jurisdictionem, sed quia id ei specialiter datum est oratione Divi Marci, *l.*1. §.1. *de tut. dat.* ea nempe lege, ut id demum exercere possit, postquam ei mandata est jurisdictio; ut illa jurisdictionis delegatio tantùm sit necessarium antecedens & causa sine qua non.

TEXTUS.

5. *Nos autem per constitutionem nostram hujusmodi difficultates hominum resecantes, nec exspectata jussione præsidum, disposuimus, si facultates pupilli vel adulti usque ad quingentos solidos valeant, defensores civitatum unà cum ejusdē civitatis religiosissimo antistite, vel alias personas publicas, id est, magistratus, vel juridicum Alexandrinæ civitatis, tutores vel curatores creare; legitima cautela secundùm ejusdem constitutionis normam præstanda, videlicet eorum periculo, qui eam accipiunt.*

NOTÆ.

5. CONSTITUTIONEM] Intelligit, *l.*30. *C. de Episc. aud.*

QUINGENTOS SOLIDOS] Id est, aureos. Aureus autem centum continet valetque sestertios: ergo quingenti solidi efficiunt quinquagintaHS. millia, Briss. & Hot. *in com. de verb. sign.* Quod si pupilli majores sint quingēnarijs, àpręfidibus dabitur tutor.

DEFENSORES CIVITATUM] De defensoribus civitatum vid. *lib.*1. *C. tit.*55. *Nov.*15. περὶ τῶν ἐκδίκων. Alc. 3. *disp.*5.

RELIGIOSISSIMO ANTISTITE] θεοφιλεστάτῳ ἐπισκόπῳ. Th. in constitut. θεοφιλεστάτῳ, *Deo charissimo.*

VEL ALIAS PERSONAS PUBLICAS] Constitutio exigit, ut legamus, *vel alijs personis publicis, vel magistratus, vel juridicum*, &c. Cujac.

IURIDICUM] Cui etiam olim data est legis actio, & jus tutores dandi, *l.*1. *&* 2. *de off. jurid.* δικαιοδότης exponitur in Basil.

QUI EAM ACCIPIUNT] Cautelam sive cautionem rem pupillis salvam fore. Intelligit autem magistratus municipales, qui pupillis in subsidium tenentur, §.2. *inf. de satisd. tut.*

COMMENTARIVS.

QUod jure veteri obtinebat, ut magistratus municipales non aliter rectè tutores crearent, quàm si id facere à præside jussi aut moniti essent, id ex parte à Iustiniano mutatum est, constitutumque, ut si pupilli facultates non excedant summam 500. solidorum, liceat magistratibus cum civitatis Episcopo tutores creare, præsidis jussu non expectato, *l. sancimus*, 30. *C. de episc. aud.* Ergo si majores sint pupilli facultates, jussus præsidis, ut antè, expectandus erit.

Quingentos solidos] Solidum idem esse, quod aureum, ex innumeris locis patet. Aureus centum continet valetque sestertios. Ergo quingenti aurei sive solidi efficiunt quinquaginta H S. millia; nostræ monetæ Caroleos bis mille quingentos Vid. Brisson. & Hotoman. in *comm. de verb. sign.* ex professo autem hanc rem tractant Budæus *de asse*, & idem Hotom. *de re nummaria*.

Vel alias publicas personas] Id est, magistratus, quos singulæ civitates more suo atque instituto habent. Cujacius scribit, constitutionem Iustiniani exigere, ut legamus, *vel alijs publicis personis, vel magistratibus*.

Iuridicum Alexandrinæ civitatis] Cui etiam jam antè jus tutores dandi constitutione D. Marci datum fuit, *l. 2. de off. jurid.* & generaliter legis actio, *l. eod. tit.*

Eorum periculo] Magistratuum nimirū minorum, quorum jam facta est mentio. Hi enim ut satisdationem exigebant, ita & pupillis in subsidium tenebantur, *tit. de mag. conu. §. 2. & ult. inf. de satisd. tut.* quod nunc ferè abijt in desuetudinem, ut illic notamus.

TEXTUS.

6. Impuberes autem in tutela esse, naturali juri conveniens est: ut is, qui perfecta ætatis non sit, alterius tutela regatur.

NOTÆ.

6. IURI NATURÆ] Tutela ortum à jure naturali sumpsit: quippe cui juri omninò consentaneum, ut alterius prudentia regatur, qui ipse se defendere non potest. Cic. 1. *de off.* incrementum autem & formam à jure civili.

PERFECTÆ ÆTATIS NON SIT] Pinguius perfectam ætatem hic appellat, qua tutela finitur. Plerumque enim perfectæ ætatis esse dicuntur majores 25. annis, ut *l. 1. D. de min. l. ult. C. de leg. tut.*

COMMENTARIVS.

TUtela ex eorum numero est, quæ in genere & quasi in abstracto considerata sunt juris gentium, in specie & in concreto juris civilis. Nam ineuntis ætatis insicitia atque imbecillitas alterius provectioris prudentia atque arbitrio constituatur ac gubernetur, juri naturali conveniens est, *Cic. 1. de off. Arist. 1. pol.* quod & apud omnes gentes proculdubio observatur. At forma regendi, qualitas personæ tutoris, ejusque constituendi modus, potestatis, quam habet, circumscriptio, hæc omnia sunt juris civilis, prout quęque civitas ordinaverit.

Perfecta ætatis non sit] In calce, *§. ult. prac. tit.* notavimus, perfectam ætatem in jure civili eam plerumque dici, quæ est annorum 25. Hic autem pinguius non esse perfectæ ætatis, accipitur pro, non esse puberem, quanquam etiam ad puberes minores 25. annis, quod hic dicitur, quadrare potest.

TEXTUS.

7. Quum ergo pupillorum pupillarumq; tutores negotia gerant, post pubertatem tutelæ judicio rationem reddunt.

NOTÆ.

7. POST PUBERTATEM] Vel alio modo tutela finita, *tit. D. de tut. & rat. distr.* nisi autem finita sit tutela, tutelæ agi non potest, *l. 4. pr. l. 9. §. 4. d. tit.*

COMMENTARIVS.

1 *Moribus nostris tutores etiam singulis annis rationem reddere administrationis suæ.*

HIc locus obiter tutores admonet officij sui atque administrationis; quod in ff. & Cod. copiosè explicatur *tit. de admin. tut. add. Grot. 1. man. 9, art. 21. & seqq. statut. Rhynland.*

Post pubertatem] Quippe tutelæ agi non potest, nisi tutela finita sit, *l. 4. de tut. & rat. distr.* ejusque rei hanc rationem reddit Ulpian. *l. 9. §. & generaliter, eod. tit.* quod absurdum sit à tutore rationem administrationis negotiorum pupilli reposci, in qua adhuc perseveret: quam ob causam nec à curatore rationes curæ administratæ durante officio actione utili sive tutelæ sive negotiorum gestorum exigi possunt, *l. 2. l. rationes 14. C. de admin. tut.* Hoc dissimile est, quod curatores durante adhuc ratione singularum rerum nomine convenire possunt, *l. 16. §. 1. de tut. & rat. distr. l.*

cum

cum curatore 26. de adm. tut. l. 1. §. 3. in fin. de cont. tut. act.

Tutelæ judicio] In omnibus, quæ fecit tutor, cùm facere non deberet, item in his, quæ non fecit, tutelæ judicio rationem reddit, præstando dolum & culpam & quantam in suis rebus diligentiam, *l. 1. de tut. & rat. distr.* nec potest hæc rationis reddendæ necessitas à patre testamento remitti, *l. 5. §. Iulian. de adm. tut.* quanquam inventarij solemnis confectio prohiberi potest, ne secreta patrimonij pandantur, *l. ult. §. 1. C. de arbitr. tut.* de quo vid. *Montan. de jur. tut. c. 32. reg. 4. de confect. inu. n. 98. & seqq. Moller. 1. semestr. 39.* Rationem reddere nostratibus est, *rekening bevvijs en* reliqua *doen*; idque facere nostro jure tutores tenentur non solum finita tutela, sed etiam quotannis, juxta *art. 44. dd. statut.* & ea, quæ in fin. *d. c. 9.* notat Grot. quod etiam per universam Germaniam observatur ex constitutione Caroli V teste *Schneid. hic, VVesemb. par. de adm. tut. n. 3.* & jure Canonum jam ante obtinuisse arguit *Clement. 3. de relig. dom. & c. 1. de cler. agrot. Zypæus not. jur. Belg. de tutor. vers. tutor.*

TITULUS XXI.

De Auctoritate tutorum.

Ratio dispositionis.

TRIA potissimum sunt, in quibus gubernatio tutoris consistit; in persona pupilli tuenda; in rebus ejus gerendis; in auctoritate ei præstanda. Tuitio educationem, institutionem defensionemque pupilli continet. In rerum administratione tutoris officium est, ut omnia ex utilitate pupilli bona fide curet. Auctoritas ad ea pertinet, quæ pupillus ipse gerit; neque aliud est, quàm probatio ejus, quod à pupillo vel cum pupillo geritur, *l. 3. hoc tit.* Duo priora hic omissa sunt, & fortasse consultò, quia eorum tractatio prolixior visa est, quàm ut operi Isagogico inseri debuerit. In π' autem & Cod. diligenter exposita sunt, *tit. de adm. tut.* Tantum *§. ult. sup. tit.* levis quædam mentio facta est administrationis & reddendarum rationum: unde tamen ordinis ratio petenda videtur & continuatæ tractationis, arg. ordinis π'. Duo autem hic docet Iustinianus; quibus in negotijs necessaria sit tutoris auctoritas; & quomodo interponenda.

TEXTUS.

Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria: ut ecce, si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas: quod si alijs promittant pupilli, necessaria est tutoris auctoritas. Namque placuit, meliorem quidem conditionem licere ijs facere etiam sine tutoris auctoritate: deteriorem verò non aliter quàm cum tutoris auctoritate. Unde in his causis, ex quibus obligationes mutuæ nascuntur, ut in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur: at invicem pupilli non obligantur.

NOTÆ.

AUCTORITAS TUTORIS] Tutores vel negotia gerunt ipsi vel pupillis negotium gerentibus auctoritatem interponunt. Ulp. *tit. 11. §. 24.* id est, negotium confirmant, hoc enim est, auctorem fieri, *l. 3. h. t.*

SI QUID DARI SIBI] Pupillus, qui jam aliquem intellectum habet, rectè sibi dari sine tutore stipulatur, *l. 9. pr. eod. §. 9. inf. de inut. stip. l. 1. C. de auct. præst.* aut aliquid sibi remitti, *l. 2. D. de accept.* & in universum quantum ad acquirendum non indiget tutoris auctoritate, *l. 11. D. de acq. rer. dom.*

SI ALIIS PROMITTANT] Aut quid remittant alienéntve, *l. 5. l. 9. h. t. §. ult. inf. quib. al. lic.* aut hæreditatem adeant, *§. 1. inf. eod.*

MELIOREM CONDITIONEM FACERE] Neque enim eis invidendum, ut rem suam augeant sine tutore, qui magis custos datus videtur pupillo, ne rem suam perdat. Fabrot.

OBLIGATIONES MUTUÆ] Qui contractus cum alijs initi ulvoque citroque obligationem pariunt, initi cum pupillo sine tutoris auctoritate eos solum obligant, qui cum pupillo contraxerunt, *l. 13. §. propen. D. de act. empt. l. 33. D. pro soc. l. 1. §. ult. D. commod.* à parte autem pupilli claudicant συναλλάγματα.

NON OBLIGATUR] Nisi in quantum locupletiores facti, *l. 1. l. 5. §. 1. hoc tit.* natura enim æquum est, neminem locupletari cum alterius jactura, *l. 14. D. de cond. ind.*

COMMENTARIUS.

IN quibusdam causis necessaria] Ubi tutor ipse negotium gerit, supervacua est auctoritas. At pupillo gerente, quod aliquando necessarium est,

puta si de servo manumittendo, aut de adeunda hæreditate agatur, aut constituendo procuratore, §.1 *inf. eod.* §. *ult. inf. de curat.* locus est auctoritati tutoris; eaque in quibusdam rebus, quæ à pupillo geruntur, necessaria est, in quibusdam non est. In quo hæc distinctio pro utilitate pupillorum recepta est, ut ipsi contrahendo aut aliud gerendo meliorem quidem conditionem suam facere possint, etiam sine tutoris auctoritate; deteriorem verò non possint, nisi cum tutoris auctoritate, *leg.* 9. *hoc tit. leg.* 28. *de pact. l.* 11. *de acq. rer. dom.* Et rectè, nam ubi nullum incommodum metuitur, frustrà expectatur tutoris auctoritas: quæ ad hoc solum comparata est, ut in metu periculi pupillo per eam consulatur. Quod si culpa tutoris in damnum inciderit pupillus, eo nomine tutorem obligatum habet judicio tutelæ. Notandum autem est, hanc distinctionem pertinere ad pupillum infante majorem: nam infans ne tutore quidem auctore quicquam gerere potest, *vid. inf.* §. *pupillus de inut. stip.*

Si quid dari sibi stipulentur] Nullum periculum est; stipulariter, inquit ille apud Plaut. an Pseudol. Idem est, si paciscantur aut stipulentur, ut id quod debent, ijs remittatur aut acceptum feratur, *d. l.* 28. *de pact. l.* 2. *de accept.*

Alijs promittant] Aut rem suam alienent; actionem remittant; quod eis debetur, repudient, debitam pecuniam solvant, creditam accipiant, *l.* 5. *l.* 9. *hoc tit. l.* 11. *de acq. rer. dom.* §. *ult. inf. quib. al. lic.*

Ex quibus obligationes mutuæ] Ex quibusdam contractibus mutuæ obligationes, id est, ex utraque parte nascuntur, ut in emptione, locatione, mandato, societate, & alijs id genus: tam enim verbi causa obligatur emptor ad pretium solvendum, quàm venditor ad rem præstandam. Ex quibusdam verò nascitur obligatio ex una parte tantùm; ut in mutuo solus obligatur, qui accipit, in stipulatione, qui promittit, *l.* 19. *de verb. sign.*

Qui cum his contrahunt, obligatur] Qui contractus cum alijs initi ultro citroque obligationem pariunt, hi si cum pupillo contractum sit sine tutoris auctoritate, ab uno tantum latere constant, eosque solum obligant, qui cum pupillo contraxerunt, pupillos non item, *l. Iulianus* 13 §. *antep. de act. emp.* Ratio hujus juris partim est favor pupillorum, partim quod qui cum pupillo contrahit, cujus ætatem aspectus ipse indicat, suæ temeritati id imputare debeat, per *l. qui cum alio* 19. *de reg. jur.*

Non obligantur] Nisi in quantum locupletiores facti sunt, *l.* 11. *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* Natura enim æquum est, neminem locupletari cum alterius jactura, *l.* 14. *de cond. ind.* An pupillus sine tutoris auctoritate ex conventione saltem naturaliter aliquando obligetur, & quam vim ea obligatio habeat jure civili, disputatnus *inf. de inut. stip. sup.* §. *pupillus* 9.

TEXTUS.

1. *Neque tamen hæreditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hæreditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt, nisi tutoris auctoritate, (quamvis illis lucrosa sit) ne ullum damnum habeat.*

NOTÆ.

1 NEQUE HÆREDITATEM ADIRE] Ex Caio *l.* 9. §. 3. *h. t.* cujus rei non alia ratio quærenda, quàm quod facto suo sine tutore se obligare non possunt, *d. l.* 9. *pr. l.* 8 *D. de acq. her.* Non pertinet quidem hoc ad suos hæredes; beneficio tamen prætoris abstinentium eadem causa, §. 1. *inf. de her. qual. & diff.* §. 3. *inf. de hær. quæ ab int.*

NEQUE BONORUM POSSESSIONEM, &c.] Bonorum possessionis & fideicommissi hæreditatis eadem, quæ hæreditatis jure civili aut directo delatæ, ratio, *inf. lib.* 3. *tit.* 10. *& lib.* 2. *tit.* 23.

NE ULLUM DAMNUM HABEANT] Leg. *nec ullum damnum habeat*, & sine parenthesi, ut apud Caium *d. loc.* idem enim est, etsi nullum damnum, sed lucrum tantum hæreditas contineat, ex ratione jam dicta. Bachov.

COMMENTARIUS.

HÆreditatem adire] Pupillus hæreditatem sibi delatam sine tutoris auctoritate adire non potest, *l.* 9. §. 3. *hoc tit.* Cujus rei non est alia ratio quærenda, quàm quod facto suo sine tutoris auctoritate se obligare non potest, *l.* 8. *de acq. her. d. l.* 9. *pr. hoc tit.* At inquis, potest conditionem suam meliorem facere, etiamsi tutor auctor non sit; fateor, modò ne ipse obligetur: ideoque à parte pupilli claudicant τὰ συναλλάγματα. Fieri autem non potest, ut pupillus hæreditate quæsita non obligetur ut hæres creditoribus hæreditarijs & testamentarijs, illis ut defuncti personam repræsentans, his ipsa aditione hæreditatis. Neque enim hic est, quod creditoribus aut legatarijs imputetur, qui cum pupillo hærede non contrahunt, sed in eum incidunt, quod & Mynsinger observavit. Alia vulgò ratio affertur, periculum scilicet æris alieni, quo emergente incipiat damnosa esse hæreditas; multaque insuper in hæredibus esse metuenda, vexationem, negotiorum multitudinem, offensas, invidiam, *l.* 4. *ad sen. Treb.* Itaque quia

judicio

judicio animi hic opus sit, necessarium esse tutoris auctoritatem, *l. 189. de reg. jur.* Quæ ut vera esse fateamur: illud tamen adhuc relinquitur, cur non saltem favore pupillorum sustineatur hæreditatis acquisitio, quatenus illis lucrosa sit. Loquimur autem de pupillis extraneis hæredibus: quippe quibus ad acquirendam hæreditatem aditione opus sit: nam sui hæredes sine facto suo ipso jure hæredes fiunt, etiam ignorantes, *l. 8. de acq. her. §. 2. inf. de hær. quæ ab int. def.*

Neque bonorum possessionem] Ob eandem nimirum rationem: quia bonorum possessio vi ipsa nihil aliud est, quàm hæreditas, & in omnibus vice hæredum bonorum possessores habentur, de quo *inf. lib. 3. tit. de bon. poss.*

Hæreditatem ex fideicommisso] Et hoc eandem rationem habet: nam cùm restituta hæreditate actiones omnes, quæ hæredi in hæredem competunt, ex SC. Trebelliano transeant in fideicommissarium, si pupillus ex fideicommisso hæreditatem susceperit, eo facto perinde obligabitur, ac si quamlibet hæreditatem adiisset. De fideicommissarijs hæreditatibus tractabitur *inf. lib. 1. tit. 23.*

Ne ullum damnum habeant] Melius meo judicio Cuiac. Hotom. Wesemb. legunt, *quamvis illis lucrosa sit, nec ullum damnum habeat*, sine parenthesi: quomodo & apud Caium legitur in π' & legisse etiam videtur Theophilus.

TEXTUS.

2. *Tutor autem statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus verò vel per epistolam, aut per nuntium interposita auctoritas nihil agit.*

NOTÆ.

2. STATIM IN IPSO NEGOTIO PRÆSENS] Ex Caio *l. 9. §. pen. eod.* Nota formam interponendæ auctoritatis duo desiderare; ut tutor in negotio sit præsens, ut statim auctor fiat, id est, ill cò probet, quod agitur, vid. *l. 1. in fin. l. 2. l. 3. l. 14. eod. l. 25. §. 4. D. de acq. her.*

COMMENTARIUS.

EXponitur hic modus seu forma interponendæ auctoritatis ex Caio *d. l. 9. §. tutor hoc tit.* Hic modus ut legitimus habeatur, duo desiderat; ut tutor in negotio; quod cum pupillo geritur, præsens sit; ut statim atque peractum est, auctor fiat. Præsentia ideo desideratur, ut certò cognoscat, tutor, quid negotij, qua fide geratur: ac proinde non sufficit, corpore præsentem esse, nisi & animo sit, & intelligat quale sit quod contrahitur, *l. 14. eod. junct. l. 1. in fin. & l. 2. eod.* Cur autem statim & quasi calente adhuc negotio auctor fieri debeat, hæc ratio est, quia interpositio auctoritatis integrat quodammodo personam pupilli, qui per se contrahere non potest: efficitque, ut actus sustineatur, qui alioqui ipso jure invalidus ex intervallo non posset confirmari. Non est autem necesse, ut & is præsens sit, qui cum pupillo contrahit: potest enim ille aliquid vendere aut locare pupillo per epistolam, & tutor auctoritatem pupillo accommodare, *d. l. 9. §. ult.* Illud quoque sciendam est, auctoritatem semper purè à tutore interponendam esse, non conditionaliter quamvis conditionaliter cum pupillo contrahatur, *leg. 8. eod.*

In ipso negotio præsens debet auctor fieri] Tutoris auctoritas, perfecto negotio interponitur, ut diserte scribit Ulp. *l. si quis 25. §. jussum de acq. her.* Quamobrem hæc oratio vel sic resolvenda est, *Tutor in ipso negotio præsens statim debet auctor fieri.* Ut intelligamus, & præsentiam tutoris in ipso negotio, dum adhuc geritur, requiri; & statim ut negotium perfectum est, auctorem fieri oportere: quod & arguit mox sequens illatio, *Post tempus vero*, &c. Vel si hæc verba, *in ipso negotio*, ad illa, *auctor fieri*, referre malis, in ipso negotio fieri intelligi debet, non quod fit, cum nihil dum gestum est, (quid enim tum probet tutor?) sed quod fit negotio quidem cum pupillo jam gesto, sive tractatu præsente tutore habito, sed statim & in continenti subsequitur, & tractatum illum concludit ac firmat. Sic in *l. 1. de solut.* in solutione sive in re præsenti constituere dicitur, in quam causam solutum velit qui statim atque solutum est, constituit Cæterum hæc subtilitas hodie insuper habetur. Autumn. *collat. iur. in d. l. 9. §. tutor.*

TEXTUS.

3. *Si inter tutorem pupillumq; judicio agendum sit; quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest, non prætorius tutor (ut olim) constituitur, sed curator in locum ejus datur: quo curatore interveniente judicium peragitur: & eo peracto curator esse desinit.*

NOTÆ.

3. IUDICIO AGENDUM] Nec plures sint

tutores, alioqui altero auctore, cum altero agi poteſt, *l.24.D.de teſt.tut.l.1.C.de in lit.dand.tut.*

In rem suam] Regula eſt juris civilis, in *rem ſuam tutorem auctorem fieri non poſſe, l.1. l.7. h.t.* ubi etiam declaratur.

Non prætorius tutor ut olim] Moribus receptum fuerat, ut hoc caſu tutorem habenti tutor daretur, Ulp.*tit.*11.§.23. propter ſolemnitatem judiciorum, *l.19.h.t.*

Curator datur] *l.3.§.2.D.de tutel.l.1.C.de in lit.dand.tut.* Poſtea prohibitum debitorem aut creditorem pupilli tutorem fieri, *Nov.72. cap.1.& 2.*

COMMENTARIUS.

Judicio agendum ſit] Nec plures ſint tutores; alioqui niſi cum omnibus pupillo lis ſit, unus ex iis auctor erit, *l. ſi plures 24.de teſt. tut.* Intellige autem ſi judicio agendum ſit de alijs rebus quàm de adminiſtratione tutelæ: nam tutelæ agi niſi finita tutela non poteſt, *l.4.de tut.& rat.diſtr.*

In rem ſuam auctor eſſe non poteſt] Regula eſt tutorem in rem ſuam auctoritatem accommodare non poſſe, *l.1.& 7.hoc tit.* quemadmodum nec judex quiſquam aut teſtis in ſua cauſa eſſe poteſt, *l.10.de jurijd. l.nullus de teſtib.* Et in caſu propoſito hoc alioqui abſurdi eveniret, ut idem in eodem negotio & actor eſſet & reus. At enim nihil prohibet auctoritas, quominus negotium per conſequentias etiam tutori geratur, *d.l.7.* quod exemplo declaratur *d.l.1.*

Non prætorius tutor] Prætorianum appellari ſcribit Ulp. & moribus pupillo dari, qui cum tutore ſuo legitimo judicio agere vult, *tit.de tutel.§.moribus.* Hæc igitur exceptio fuit regulæ ejus quæ prohibet tutorem ad certam rem vel cauſam dari, *§.pen. ſup.qui teſt.tut.* item alterius, qua traditur, *§.interdum, inf.de curat.* tutorem habenti tutorem dari non poſſe. Cur autem neceſſe fuit hoc caſu tutorem dari? Nimirum quia judicia erant ſolemnia & ordinaria: ad ea autem quæ ſolemnitatem juris deſiderant explicanda tutore auctore opus erat, *l.curatorem 19.hoc tit.l cum in una 17.§.1. de appell.l.ul.C.de in lit.tut.dand.*

Curator datur] Poſtquam judicia extraordinaria eſſe cœperunt, ſublato ſolemni veterum formularum ritu, *inf.tit.de ſucc.ſubl.& tit. de interd.§. ult.& C.de form.& imp.ſubl.* quæ per quemvis procuratorem expediri potuerunt, ad ea tractanda & curatorem dari ſufficere viſum eſt. Unde exiſtimo Tribonianum verbum *curatoris tutoris* in locum ſubjeciſſe in *l.3.4.§ de tutel.l.24.de teſt.tut.& ſimil. loc.* Iure novo hæc diſputatio penè ſupervacua eſt, quo vetuit Iuſtinianus debitorem creditoremve pupilli tutorem creari; eique, qui pupillo aut cui pupillus poſt cœptam tutelam debere cœpit, perpetuum curatorem adjungi voluit, *Nov.72.c.1.& 2.* Dixi autem pene: quia video pleroſque hinc eximere tutores ex certa ſcientia teſtamento datos. DD.*in auth.minoris, C.qui dar.tut.Schneid. hic n.5.Montan.de tut.c.9.num.67.& ſeqq. atque ita judicatum refert A.Fab. C.tit.20.lib.5.def.1.Sand.lib.2. tit.9.def.1.* Mynſingerus item excipit ex inquiſitione datos: quod vix eſt, ut probare poſſim. Illud conſtat, matrem & aviam non impediri debito aut credito, quominus filiorum ſuorum aut nepotum tutelam gerant, *auth.adhæc, C.quand.mul.off. tut.* & multo igitur magis excipiendus pater & avus, ut curia Friſiæ cenſuit, teſte Sand.*d.lib.& tit.defin.2.*

TITULUS XXII.

Quibus modis tutela finitur.

Continuatio & methodica tituli explicatio.

Dictum eſt, quibus modis tutela conſtituatur, quæ conſtitutæ vis atque auctoritas: reliquum eſt, ut videamus, quamdiu perſeveret, quibuſque modis ea finiatur. Modi finiendæ tutelæ varij ſunt, tum ex perſona pupilli, tum ex perſona tutoris, tum ex perſona utriuſque: item quidam communes ſunt omnibus tutelæ ſpeciebus; quidam proprij quarundam; ſicut ex progreſſu apparebit. In ſumma autem duorum horum modorum altero ſemper finitur, aut ipſo jure, aut interventu magiſtratus.

TEXTUS.

Pupilli pupillæq; , cùm puberes eſſe cœperint, à tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non ſolum ex annis, ſed etiam ex habitu corporis in maſculis æſtimari volebant. Noſtra autem majeſtas, dignum eſſe caſtitate noſtrorum temporum exiſtimans, benè putavit, quod in fœminis etiam antiquis impudicum eſſe viſum eſt, id eſt, inſpectionem habitudinis corporis, hoc etiam in maſculos extendere. Et ideo noſtra ſancta conſtitutione promulgata, pubertatem in maſculis poſt decimum quartum annum completum illico initium accipere diſpoſuimus: antiqui-

antiquitatis normam in fœminis benè positam in suo ordine relinquentes, ut post duodecim annos completos viri potentes esse credantur.

NOTÆ.

SED ETIAM EX HABITU CORPORIS] Priscus eum impuberem esse dicebat, in quem utrumque concutrit, & habitus corporis & numerus annorum. Ulp. *tit. 11. in fin.*

INSPECTIONEM HABITUDINIS CORPORIS] Sunt, qui negent tale quid apud Romanos factitatum, & impudicam illam inspectionem corporum Romanis moribus indignam esse existimant.

NOSTRA CONSTITUTIONE] Extat in *l. ult. C. quand. tut. vel cur. esse desin.*

POST DECIMUMQUARTUM ANNUM] Hæc Proculi sententia fuit. Ulp. *d. loc.* & jam olim recepta fuisse videtur, *l. 2. D. de vulg. & pup. l 5. D. qui test. fac.* Macrob. 7. *Sat. 7. Secundùm jura publica duodecimus annus in fœmina & quartusdecimus in puero definivit pubertatis ætatem*, & 1. *in Somn. Tutela post bis septem annos absolvitur.*

POST DUODECIM ANNOS] Macrob. *d. lib. 1. c. 6. De tutela*, inquit. *fœmina propter votorum festinationem maturius biennio, quàm pueri, legibus liberantur.*

COMMENTARIUS.

1 *Longè ante tempora Iustiniani receptum fuisse, ut pubertas etiam in masculis ex annis æstimaretur.*
2 *Suspectum auctori esse quod scribit Tribon. de nudorum corporum inspectione.*
3 *Vim generationis in fœminis citius incipere, quàm in maribus.*
4 *Tutelam muliebrem aliam fuisse ab hac pupillari fœminarum.*
5 *Moribus harum regionum tutelam pubertate non finiri.*

CVm puberes esse] Primus modus finiendæ in persona pupilli tutelæ est pubertas, *l. 1. C. quand. tut. vel cur.* Hinc puberes etsi curatorem accipiunt, in suam tutelam venisse antiqua locutione dicuntur, *inf. de pup. substit. in pr. l. 8. §. 1. de bon. poss. sec. tab.*

Sed etiam ex habitu corporis] Fuere olim, qui pubertatem in masculis ex solo habitu corporis æstimabant. Proculeij eum puberem esse dicebant, qui quatuordecim annos expleviset: alij eum, in quem & habitus corporis & numerus annorum concurreret, teste Ulpian. *de tutel. in fin.* Eam se controversiam sustulisse, abrogatáque inspectione corporis pubertatem ex annis tantùm æstimari voluisse, scribit Iustinianus *hic & in l. ult. C. quand. tut. vel cur.* Sed profectò longè ante Iustinianum receptam fuisse Proculi sententiam, multis auctoritatibus probari potest. Nam Tertullianus, qui aliquot sæculis ante Iustinianum vixit, in *lib. de veland. virg.* apertè testatur, *Romanos pubertatem in annis, non in sponsalibus aut nuptijs decernere*, hoc est, ex annorum numero, non ex habitu corporis puberem indicare. Et Macrobius *lib. 7. Saturn. c. 7.* sic scribit; *Secundùm jura publica duodecimus annus in fœmina, & quartusdecimus in puero definivit pubertatis ætatem.* Idem *in somn. Scipion. lib. 1.* ait, *tutelam pueris post bis septem annos absolvi.* Idque & Ulpian. noster expressis verbis confirmat, *l. 2. de vulg. & pup.* indeque est, quod idem Ulpian. scribit, masculis post annum decimumquartum, fœminis post duodecimum permitti testamentum facere, *l. 5. qui test. fac.*

Inspectionem habitudinis corporis] Nunquam mihi persuaderi potuit, inhonestam hanc corporis inspectionem apud Romanos usitatam fuisse: neque est veterum quisquam, qui tam impudicæ rei meminerit. Quod autem in libris Iurisconsultorum & apud Quintilianum *lib. 4. Inst. orat. 2.* legimus, dubitatum fuisse, ex habitudine corporis, an ex annis, pubertas metienda esset, non de turpi aliqua nudorum corporum inspectione accipiendum est, sed de externo corporis aspectu & vigore; ut is ex quorundam sententia (quæ tamen non obtinuit) pubes haberetur, qui figura ac dispositione totius corporis liberorum procreationi idoneus videretur, *fac. l. 4. C. qui test. fac.* Etenim habitus sive habitudo Latinis scriptoribus σχήμα & formam corporis significat. *Cic. pro Cæl. Quintus Metellus cùm floreret integra ætate, optimo habitu, maximis viribus. Liv. lib. 4. Fœdior corporis habitus, pallore ac macie perempti. Terent. in Eunuch. Qui color, nitor, vestitus, qua habitudo est corporis?* Sic auctor ad Herenn. bonam corporis habitudinem appellat, integram corporis constitutionem. Unde & eos, qui obesiore erant corpore, habitiores dicebant. *Terent. Eunuch. Si qua habitior paulò, pugilem esse ajunt.* Plaud. Epid. *Corpulentior hercle atque habitior.* Rævardus 4. *var.* 10. existimat, Triboniano imposuisse Platonem, qui *lib. 11. de legib.* convenientiam ætatis ad matrimonia definiri vult per judicem, nudos omninò mares, nudatasque usque ad pubem fœminas inspicientem: Tribonianumque ea, quæ de pubertate ex habitu corporis æstimanda apud Iurisconsultos legerat, ex imaginaria illa Platonis lege interpretatum. In contrarium tamen moventur Hotomannus & Ant. Matthæus *Coll. Inst. 2. disp. 2.* auctoritate Quintiliani, qui *declam. 279.*

scribit,

scribit, nudari corpora puerorum, & ab judicibus inspici. Sed confictum hoc esse non dubito, ut ferè fit in scholasticis exercitationibus.

Post duodecim annos] Pubertatis anni maximè propter nuptias definiti sunt: ideoque cùm vis generationis in fœminis citius incipiat, quàm in maribus, placuit eas etiam citius tutela liberari. Et hoc est, quod Macrob. *lib. 1. in somn. Scipion.* scribit; *De tutela*, inquit, *fœminæ propter votorum festinationem maturius biennio, quàm pueri, legibus liberantur.* Quod autem generationi citius amoventur, id idem Macrob. *7. Saturn. 7.* infirmiori earum naturæ adscribit: nam & exilia poma celerius maturescere, robusta serius. Physici etiam hanc rationem afferunt, quod facilius est pati, quàm agere: in generatione autem fœmina passivè se habet. In universum autem, ut scribit Aristot. 7. *de hist. animal.* θᾶττον τὰ θήλεα τῶν ἀρρένων ἡβᾷ καὶ γηράσκει καὶ ἀκμὴν λαμβάνει, καὶ γήρας. Alia ab hac pupillari fœminarum tutela fuit muliebris, de qua Ulp. *in fragm. tit. 11.* Nam & post pubertatem mulieribus tutor dabatur, non ad negotia earum administranda, sed ad auctoritatem præstandam in solemnibus & civilibus, veluti ad judicia, ad dictionem dotis, ad alienandas res mancipi. *Ulp. d. loc.* Nisi dicamus, ex jure veteri hæc referri, quo jure meliores perpetua tutela continebat, teste Boëtio *in Top. Cic.* Nam non temerè loca illa omnia, quibus traditur, tutelam in fœminis anno duodecimo finiri, & curatorem succedere à Triboniano interpolata dixerim: quamvis id affirmet *Revard. 2. var. 10.* Obstat enim locus Macrobij modò citatus: & Boëtius expressè de jure antiquo loquitur. Moribus harum regionum tutela pubertate non finitur: sed qui semel legitimè tutores dati sunt, etiam puberum rebus præsunt usque ad justam eorum ætatem, hoc est, donec 25. annos implerunt, *D. Gudelin. in fin. lib. 1. Christin. vol. 3. decis. 148. n. 14. & 16. & vol. 6. decis. 82. n. 9. Montan. de tutel. §. 37. n. 86. Groenevv. de legib. abrog. hic*, quod & in Germania generali consuetudine receptum esse testatur *Gail. 2. obs. 96. Paul. Busius ad l. 1. n. 7. de tutel.* & in pleraque Gallia, Baro hic.

TEXTUS.

1. *Item finitur tutela, si adrogati sint adhuc impuberes, vel deportati: item si in servitutem pupillus redigatur, vel si ab hostibus captus fuerit.*

NOTÆ.

1. ITEM FINITUR TUTELA] Ex Ulp. *l. 14. pr. §. 1. & 2. D. de tutel.*

SI ADROGATI SINT] Quia adrogatus transit in potestatem adrogatoris: nemo autem potest simul esse in tutela & patria potestate, *sup. de tut. in pr.*

DEPORTATI] Quia cives esse desinunt, *§. 1. sup. quib. mod. ius patr. pot.* Nota etiam impuberes deportari posse; nempe qui sunt pubertati proximi & doli capaces, *l. 111. de reg. iur. l. 14. D. ad sen. Silan.*

IN SERVITUTEM REDIGATUR] Veluti si pupillus libertus ob ingratitudinem patrono iterum in servitutem tradunt. Theoph.

COMMENTARIUS.

SEcundò finitur in pupillo tutela quavis capitis deminutione: sive enim adrogatus sit, sive deportatus, sive in servitutem redactus, tutela extinguitur, *l. 14. pr. & §. 1. & 2. de tutel.* unde hic locus descriptus est. Miscentur autem hic modi, quibus & ex persona tutoris tutela finitur, *§. 4. inf. eod.*

Adrogati sint] Ratio est, quia desinunt esse sui juris, & in potestatem adrogatoris transeunt: nemo autem potest simul esse in tutela & in patria potestate, *sup. de tutel. in pr.* Sed hoc moribus ferè hodiernis non obtinet.

Vel deportati] Quod ob delictum ijs contingere potest, qui sunt pubertati proximi, & doli capaces, *l. pupillum 111. de reg. iur. §. pen. inf. de obl. quæ ex del.* Constat autem, deportatos peregrinæ conditionis fieri, ideoque pro mortuis in ijs, quæ juris civilis sunt, qualis est tutela, haberi, *§. 1. sup. quib. mod. ius pat. pot. solv. l. 11. §. 1. de pœn.*

In servitutem redigatur] Puta si pupillus jam doli capax ob ingratitudinem patrono iterum in servitutem tradatur: quo exemplo utitur Theophilus, idque fortiori ratione, quàm si deportatus sit, quia cum civitate simul & libertatem amittit, *§. 1. sup. de cap. dem.*

Si ab hostibus captus] Cæterum eventus demum ostendet, an tutela hic omnimodo finita sit: nam postliminio reversus procul dubio recidit in tutelam.

TEXTUS.

2. *Sed etsi usque ad certam conditionem datus sit tutor testamento, æquè evenit, ut desinat esse tutor existente conditione.*

NOTÆ.

2. TESTAMENTO] Additum quia à Magi-

stratu

statu ita non datur, *l. 6. §. 1. D. de tutor. l. 77. de reg. iur.*

EXISTENTE CONDITIONE] Veluti si Titius tutor testamento datus sit, usque dum uxorem ducet, & duxerit.

COMMENTARIUS.

Vsque ad certam conditionem] Vel usque ad certum tempus: nam ut ad certam conditionem testamento datus, existente conditione tutor esse desinit; ita datus ad certum tempus, finito tempore deponit tutelam, *l. 14. §. ult. de tut. l. 8. §. 1. & 2. de test. tut. § pen. inf. hoc tit.* Hoc autem modo finitur tutela ex persona tutoris, & proprius est tutelæ testamentariæ, ut docemus *sup. qui test. tut. dar. §. 3.* Est & modus, qui huc pertinet, quo finitur tutela Attiliana: nam si ex die aut sub conditione testamento tutor datus sit, is qui interim à magistratu datus est, veniente die aut existente conditione tutor esse desinit, *§. 1. sup. de Attil. tut.* add. quæ ad *§. ad certum tempus sup. qui test. tut. dar.*

TEXTUS.

3. *Simili modo finitur tutela morte pupillorum, vel tutorum.*

COMMENTARIUS.

HIc modus & ad omnem tutelam & ad personam utriusque ex æquo pertinet: eo autem maximè spectat, ut intelligamus, pupillo mortuo, ne ratione quidem bonorum, quæ post mortem supersunt, tutelam perseverare: mortuo tutore, hæredes eius in tutelam non succedere, *l. antep. de tut. l. ult. §. 1. de mun. & bon. l. 4. §. 1. D. de tut. & rat. distr.*

TEXTUS.

4. *Sed & capitis deminutione tutoris per quam libertas, vel civitas amittitur, omnis tutela perit. Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se adrogandum dederit, legitima tantùm perit: cætera non pereunt. Sed pupilli & pupillæ capitis deminutio, licet minima sit, omnes tutelas tollit.*

NOTÆ.

4. LEGITIMA TANTUM PERIT] Agnatorum scil. hodie id non obtinet; quia jure novissimo in totum sublata est agnationis, & cognationis differentia, pariterque cognati cum agnatis ad legitimam tum hæreditatem, tum tutelam vocati. *Nov. 118. cap. 5.*

COMMENTARIUS.

Per quam libertas vel civitas] Hic modus solvendæ tutelæ communis est, ut notavi *sup. ad §. 1.* eandemque in tutore, quam in pupillo rationem habet.

Legitima tantùm tutela perit] Nimirum quia & perit agnatio, ob quam ea defertur, *§. ult. sup. de leg. agn. tut.* Legitima autem patronorum tutela huc nunquam pertinuit, *Vlp. in fragm. tit. de tut. §. 8.* Porrò jure novissimo nullam amplius legitimam tutelam minima capitis deminutione tolli, notavimus sub *d. §. ult. de leg. agn. tut.*

Licet minima sit] Is qui in potestate patris est, si perfectæ ætatis sit, non prohibetur tutor esse, *sup. qui test. tut. dar. in pr. l. filiusfam. de his qui sui vel al. iur.* In tutela autem nemo esse potest, nisi qui sit sui juris. Atque hæc ratio est cur pupillo adrogato tutela pereat, tutore non item.

TEXTUS.

5. *Præterea qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo deponunt tutelam.*

NOTÆ.

5. AD CERTUM TEMPUS] V. g. ad biennium *l. 14. §. 3. D. de tutel.*

COMMENTARIUS.

DIxi ad *§ 2 huius tit.* Hoc autem modo quamvis tempore, ipso tamen iure tutela finitur. Etenim tutela non ullo jure propriè quæsito consistit; alioqui tempore ipso jure non finiretur, *l. oblig. 44. de obl. & act.* sed in facto personæ & administratione magis posita est. Quæ autem talia sunt, ut facta sunt temporalia, ita & ipsa cum factis incipere & finiri possunt: argumento sit ususfructus, *l un. §. pen. quand. dies us. leg. eod.*

TEXTUS.

6. *Desinunt etiam tutores esse, qui vel removentur à tutela ob id, quod suspecti*

usi sunt : vel qui ex justa causa se excusant, & onus administrandæ tutelæ deponunt, secundùm ea, quæ inferiùs proponemus.

NOTÆ.

6. SE EXCUSANT] In perpetuum, non ad tempus, § 5. *tit. seq. l.* 16. *D. de tut. dat.*

COMMENTARIUS.

PRoponuntur hîc duo modi, quibus tutela finitur, in ipso jure, ut superioribus, sed interventu magistratus : excusatio scilicet, & justa suscipio. Excusatio volentem liberat: suspicio invitum removet. Est verò major excusationum usus tutela delata, quàm suscepta. Sed & quasi suspectus quis postulari & removeri potest, antequam incipiat tutelam gerere, de quibus suo iterum loco. De excusationibus est, *tit. pen.* de suspectis tutoribus *tit ult. hujus libri.*

TITULUS XXIII.

De Curatoribus.

Continuatio & summa tituli : tum genera curatorum distincta.

IRanfit nunc Imp. ad alterum membrũ divisionis positæ *in pr. sup. de tutel.* quod eos complectitur, cui cùm sui juris sint, curatorum tamen auxilio reguntur: exponitque promiscuè, quibus, & à quibus, quando & quomodo curator detur. Sciendum autem est, duo esse genera curatorum: unum eorum, qui nulla personæ habita ratione, si res exigat, bonis constituuntur, putà vel debitoris latitantis, vel hæredis, qui in utero est, aut domini, qui ab hostibus captus sit, *tit. de cur. bon. dand.* quod genus huc non pertinet; alterum eorum, qui certis personis, quæ alieno auxilio indigent, dantur ad res earum administrandas : qui hujus sunt argumenti. Sunt autem & ipsi duorum generum, dãtur enim vel propter ætatem ejus, qui in curatione sit, vel propter animi aut corporis morbum. In priore genere sunt minores 25. annis : in posteriore furiosi, prodigi, mente capti, muti & surdi, & qui perpetuo morbo laborant. Quamobrem sic rectè definientur curatio potestas jure constituta ad curandas res ejus, qui quoquo modo rebus suis superesse ipse non potest. Ex hac definitione facilè intelligere poteris, & quæ communia sunt curæ cum tutela, & quæ discrepantia, maximè si cum ea conferas definitionem tutelæ, eaque, quæ ad illam illustrandam scripsimus sub §. 1. *sup. de tutel.* Cæterùm & in processu pleraque iterum notanda erunt.

TEXTUS.

Masculi quidem puberes, & fœminæ viri potentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt: quia licet puberes sint, adhuc tamen ejus ætatis sunt, ut sua negotia tueri non possint.

NOTÆ.

AD VICESIMUM QUINTUM ANNUM] *leg.* 1. *in fin. D. de min.* post quod tempus completur virilis vigor, quæ Græcis ἀκμὴ.

CURATORES ACCIPIUNT] Nisi ætatis veniam à Principe impetraverint, *C. de his qui ven. at. imp.*

NEGOTIA SUA TUERI] Et ideo quamvis qui in tutelam suam venit, sui potens est, κύριος ἑαυτοῦ, nondum tamen est, κύριος τῶν αὐτοῦ. Fabrot. *l.* 20. *D. de rit. nupt. l.* 8. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur tutela in fœminis citiùs quàm in maribus finiatur : cura eadem ætate in utrisque.*
2. *Quare fœmina biennio maturius, quàm masculi, ætatis veniam impetrare possint.*
3. *Quid consuetudine harum regionum circa utrumque illud receptum.*
4. *Quando dies cœptus pro completo habeatur, & contra.*
5. *Cur placeat ætatem 25. annorum finem afferre curationi.*
6. *Cur tam curiosè de curatore adolescentibus dando caveatur, cùm nihilominùs si capti fuerint, in integrum restituatur.*

VSque ad vicesimum quintum annum] Tutela in maribus tardiùs finitur, quàm in fœminis, quia fœminæ, ut superiùs dictum est, citiùs pubescunt. At cura in utrisque eodem tempore finitur, nimirum post annum vicesimum quintum. Ex vero nulla ratio est, cur fœminæ maturius, quàm masculi, cura liberari debeant; cùm potius diuturniore cura continendæ videantur, propter sexus fragilitatem, ob quam & in perpetua cura olim fuêre. Et jure quidem ordinario ante hanc ætatem curatio non finitur. Cæterùm adolescentes honestate morum præditi, post annum vicesimum; fœminæ, quas morum honestas mentisque solertia commendat, post annum octavumdecimum, ætatis veniam à Principe impe-

impetrare possunt, ut ex eo tempore res suas sine curatoribus administrent: ac tum quidem in integrum non restituuntur, *l.1. & 2.C de his qui ven. ætat.* sed tamen in eo adhuc simili conditione cum cæteris minoribus sunt, quod immobilia sine decreto alienare aut obligare non possunt, *l.3.C. d.tit.* Cur autem hoc fœminis biennio maturius
2 conceditur? D. Bachovius negat solidam ejus rei rationem dari posse. D. Brederodius in *not. ad Schneid.* hanc affert, quod quamvis judicium muliebre ἐπὶ τὸ πλέϊστον infirmius sit virili, tamen quæ natura solertiores sunt, si ad virtutem pergant, celerius maribus prudentes fieri: propterea quòd vehementiores multò in fœminis affe-
3 ctiones sint, quàm in viris. Moribus patriæ non solum Princeps aut summus magistratus, sed etjam Curia provincialis ætatis veniam concedere solet, alijque judices ordinarij, quibus id facere jure legitimo competit: neque veniæ concessio continet jus prædia alienandi sine cognitione judicis, nisi & hoc ex magna causa, & quidem à supremo magistratu, expressè indultum sit, auctore *Grot. 1. man.* 10. vide *Groenem. de legib. abrog. ad tit. C. de his qui ven. ætat. & ibi alleg.* Diximus, quoque non multò antè, consuetudine harum regionum receptum, ut tutela demum finiatur post perfectam ætatem eorum, qui in tutela sunt, hoc est, postquam egressi sunt annum vicesimumquintum. Apud nos enim ignoratur distinctio, quam jus civile Romanorum facit inter ætatem pupillarem, quæ sub tutela, & minorem, quæ in curatione sit. Unde & tutela, ac cura uno communi nomine & promiscuè appellatur *Voogdie* aut *Momberschap*, & tutores curatoresque *Voogden* aut *Momboirs*, pupilli & minores indiscriminatim *Vvezen*. Cæterùm etiam ante eam ætatem tutela sive cura finitur, contracto scilicet matrimonio: quanquam tunc ex causa à judice ad tempus prorogari potest: quod & tunc locum habet, cùm ætate finita est, *Grot. d. lec.* Statuto Leidensium nemo suæ curæ esse incipit, nisi qui causa cognita à magistratu tutelari dimissus, *art. 141.*

Completum] Curatio non finitur, nisi anno vicesimoquinto exacto & completo. Hoc enim utile minori visum est, ut tempus à momento in momentum spectetur: nam si postremo vicesimiquinti anni die cœpto aut nondum completo læsus sit, poterit adhuc in integrum restitui, *l.3.§.*
4 *minorem*, *D. de minorib.* Ad quem locum Glossa notat diem cœptum pro completo haberi, quoties id alicui utile est, aut alioqui favorabile, ut in usucapionibus, *l.6. de usuc.* in testamenti factione, *l.5. qui testam fac.* in manumissionibus, *l.1. de manumiss.* quo etiam pertinet; *l. anniculus* 134. *de verb. sign.* In honoribus quoque favoris gratia constitutum esse, ut annus inchoatus pro pleno habeatur, *l.8. de mun & hon.* Contra autem, ubi favorabile est, non numero dierum, sed momentis temporum annum dividi, diem cœptum pro completo non haberi, ut in temporalium actionum præscriptione, *l.6. de obl. & act.* in vacatione tutelæ, *l.2. de excus.* & in casu proposito, ita & *Costal. ad l.3.§.3. de minor.* Cur autem placeat ætatem 25. annorum finem afferre curationi; docet nos Ulpian. *l.1.§.2. d. tit. quia*, inquit, *post hoc tempus completur* 5 *virilis vigor*: convenienter sententiæ Physicorum, qui tradunt, anno vicesimoquinto, quo corpus crescere desinit, etiam animam ad summum perfectionis suæ gradum pervenire, eaque demum ætate evidentia vigoris animi & constantiæ mentis vestigia emergere: conquiescente scilicet illa humorum ac corporis perpetua agitatione ac perturbatione, cui adolescentes obnoxij. Quamobrem & justa, perfecta, integra, robusta hæc ætas in libris nostris appellatur, Græcis ἀκμὴ dicitur. Pulchrè *D. Cujac. de min. in pr. ad. Magir. 6. Physiolog. 5.* Quanquam igitur naturæ lege certa ex annorum numero perfectæ ætatis definitio non est, nisi κατὰ πλάτος, tamen ex his, quæ diximus, abundè patere arbitror, hanc ætatis justæ definitionem non esse juris merè positivi, ut existimat Bachovius.

Adhuc tamen ejus ætatis sunt] Constat inter om- 6
nes, ait Ulpian. *l.1. pr. de min.* fragile esse & infirmum hujusmodi ætatum consilium, multorumque captionibus & insidijs expositum: ideoque prætorem naturalem æquitatem secutum auxilium adolescentibus adversus captiones polliceri: & in *fin. d. l. 1.* addit, ideo eos usque ad vicesimum quintum annum curatorum auxilio regi. Sed quid opus fuit de curatore adolescentibus dando tam curiosè cavere, cùm si capti fuerint, prætor eos in integrum se restituturum polliceatur, nec ijs minus subveniat, qui curatorem habentes eo auctore quid gesserunt? *tot. tit. C. si tut. vel cur. int.* Nimirum magis decorum atque honestum visum est, in tempore occurrere & providere, ne minores capiantur, quàm ut assiduis imprecationibus tribunalia personent. Deinde quia id etiam minoribus tutius est & utilius, ne post vulneratam causam remedium quærentibus impedimentum aliquod objiciatur, *l. ult. Cod. in quib. cas. in int. rest. nec.* Curatoris autem consilio & prudentia efficitur, ut non tam facilè lædantur, nec necesse sit restitutionem in integrum toties postulare: quanquam si nihilominus læsi proponantur, auxilium ijs prætor non denegat.

Illud obiter monendi sumus, non tantum ætate curationem finiri, sed aliis etiam ex causis, atq; ex iisdem ferè, ex quibus finitur tutela: denique similiter vel ipso jure, ut adrogatione adolescentis, morte, servitute, deportatione vel adolescentis vel curatoris; vel interventu magistratus, ut excusatione, remotione.

TEXTUS.

1. *Dantur autem curatores ab eisdem magistratibus, à quibus & tutores. Sed curator testamento non datur: datus tamen confirmatur decreto prætoris vel præsidis.*

NOTÆ.

1. TESTAMENTO NON DATUR] *l.6 D. de confirm. tut. l.2. C. eod. l.12.* tabb. permissum parenti non Curatorem, sed tutorem testamento dare.

COMMENTARIUS.

AB *eisdem magistratibus*] Igitur Romæ à præfecto urbi vel prætore; in provinciis à præsidibus; in municipiis aut agris municipiorum à magistratibus municipalibus, iuxta distinctionem traditam, §. *nos autem sup. de Attil. tut. l.3. D. de tut. dat.*

Testamento non datur] Idem traditur in *l.7. C. de test. tut.* At quamobrem? nimirum quia puberes, quibus solis curator datur, ipsi, si velint, res suas administrare possunt: de quo mox plura. Eademque ratio est, cur pater liberis suis puberibus substituere non possit, scilicet quia ea ætate ipsi sibi testamentum facere possunt, *l.2. de vulg. & pup.*

Datus tamen confirmatur] Sive à patre, sive à matre datus sit: & confirmatur perinde, ut tutor testamento non legitimè datus, *l.1. in fin. l.2. §.1. l.6. de conf. tut. l.2. C. eod.* ac proinde naturam sapit testamentarii, *l.7. ff. rem. pup. salv.* Est autem credibile, hanc curatoris testamento dari confirmationem post constitutionem M. Antonini primùm introductam fuisse, qua cavit, ut omnes adulti curatores acciperent, secundùm ea quæ mox dicemus.

TEXTUS.

2. *Item inviti adolescentes curatores non accipiunt, præterquam in litem: curator enim & ad certam causam dari potest.*

NOTÆ.

2. INVITI ADOLESCENTES] Et ideò ipsi soli sibi curatorem petere poterant, *l.1. §. ult. D. qui pet. tut.* Ubi autem petentibus semel Curator datus est, huius curatoris auxilio usque ad annum 25. regi debent, ita cape *l.1. in fin. D. de min.*

PRÆTERQUAM IN LITEM] Sive minor sit actor, sive reus: quia legitimam personam per se standi in judicio non habent, *l.2. C. qui leg. pers. stand. in iud.* Vide fusius in comment. infr.

COMMENTARIUS.

1. *Adolescentes olim invitos curatorem non accepisse; neque id mutatum constitutione D. Marci.*
2. *Responsio ad loca, quæ in contrarium afferuntur.*

HIc locus quanquam in foro nullum usum habet, (constat enim, adolescentes etiam invitos hodiernis moribus curatores accipere) tamen ad juris Romani cognitionem multum conferre potest diligens eius expositio. Ait, *inviti.* In quo primum secum pugnare iustinianus videtur, qui initio hujus tituli dixit, ideò minores 25. annis curatores accipere, quia eius ætatis sunt, ut negotia sua tueri non possint. Deinde cum Justiniano Ulpianus, qui in *l.1. §. ult. de min.* expressè scribit, minoribus 25. annis rei suæ administrationem committi non debere, quamvis rem suam benè gerentibus. Accedit, quod ne Principes quidem, nisi perrarò atque extra ordinem, minoribus rerum suarum administrationem indulgere soleant, auctore eodem Ulpiano *l.3. pr. d. tit.* Ræ vardus 1. *var. 17.* & Cuiac. *in l.1. de excus.* socordiam Triboniani accusant, qui ex veteri jure legis Lætoriæ hîc repetiverit, quod jam pridem constitutione D. Marci adrogatum erat. Sed enim & ex responsis recentiorum Jurisconsultorum, & ex posteriorum Imperatorum rescriptis manifestè evincitur, etiam post D. Marci constitutionem non omnes minores curatores accipere coactos. Veluti ex eo, quod Papinian, scribit, *l.13. in fin. de tut. dat.* non nisi minoribus desiderantibus curatores dari solere: & quod Modestin. *l.1. §. pen. & ult. qui pet. tut.* non licere aliis curatores minoribus petere, sed ipsos minores duntaxat sibi petere posse. Item ex eo, quod Imperatores Diocletianus & Maximianus Attiano minori rescribunt, *l.3. C. de in int. rest.* interesse utrum is curatorem habeat, an non habeat: si habeat, contractum ab Attiano initum jure non subsistere; si non habeat, subsistere, implorandamque esse restitutionem in integrum. Denique non uno in loco invenias adolescentes sine curatoribus propositos, ut in *l.7.*

§.2.

§. 2. *de min. l. muto* 43. §. 3. *de proc. l. 1. l. 1. l. 7. C. qui pet. tut.* Vix hæc componi poterunt, nisi à capite rem arcessamus. Igitur cum lege 12. tabularum de curatoribus propter ætatē adolescentibus dandis nihil cautum esset, neq; certum ullum remedium adversus captiones & circumscriptiones, quibus hæc ætas obnoxia, introductum, lata postea est lex Lętoria, qua & circumscriptioni adolescentū abundè provisum est, atque insuper permissum curatores adolescentibus dari, nō promiscuè tamen, sed lascivioribus & dissolutiùs viventibus, aut qui ingenio nimis hebeti essent, mentísve suæ nō satis compotes, & fortassis ob alias etiam causas, quas exprimere & magistratui probare debebant, qui curatorem iis dari postularent. Quod quoniam odiosum erat, & pudorem eorum, quibus curator dabatur, suggillabat, tandem M. Antonius Philosophus de curatoribus ita statuit, *Vt omnes adulti curatores acciperent non redditis causis*, auctore Capitolino *in Marco.* Horum autem verborū hunc esse sensum apparet, ut deinceps ex constitutione Antonini omnes adolescentes indiscriminatim curatores accipere possent, remissa necessitate allegandi & probandi causas, ob quas peterentur, quod exigebat lex Lętoria: non, inquam, ut inviti acciperent, sed ut sine periculo existimationis, si vellent, curatorem habere possent. (Meminit legis Lętoriæ etiām *Cic 3. de offic. & 3. de nat. Deor.* Plautus *in Pseud.* quinam vicenariam appellat, nonnulli existimant.) Nulla igitur ratio est, cur Triboniano incusemus oscitantiā, cùm ne quidem post constitutionem Antonini inviti adolescentes curatores acceperint. Quid ergo respondemus ad ea, quæ huic sententiæ paulò ante objecimus? Nempe quod Imperator initio hujus tituli ait, puberes usque ad vicesimum quintum annum curatores accipere, de volentibus & petentibus accipiendum esse, *arg. hujus §. iunct. l. 1. §. pen. & ult. qui pet. tut. vel cur.* cui & subiecta ab Imperatore ratio accommodanda est. Ulpianum autem *l. 1. §. ult de min.* de effectu curæ iam constitutæ loqui, cuius ea vis sit, ut minores, quibus petentibus semel curator datus est, huius curatoris auxilio usq; ad annum 25. regi debeant, nec possit magistratus eum, quem semel curatorem dedit, à munere suo removere. minoribusque ob id, quod jam ampliùs sub cura vivere non lubeat, rerum suarum administrationem restituere, *arg. l. 2. & 3 in pr. eod. tit.* ubi huiusmodi magistratuum decreta ut ambitiosa Imperatores interpretantur, & improbant: quoniam solius Principis sit ætatis veniam concedere: adi & *Franc. de Amaya lib. 1. obs. iur. cap. 9.*

Præterquam in litem] Sive litem minor intendat, sive excipiat, *l. 2. C. qui leg. pers. stand. in iud.* quod ideò comparatum est, ne minoribus agentibus aut judicio conventis adversarius elusorio judicio lædatur, cùm sententia adversus minores indefensos lata nullius momenti sit, *l. contra 54. de re iud.* Idem & in aliis rebus simili æquitatis ratione receptum, veluti si debitor velit aut cogatur minori solvere, *l. 7. §. 2. de min.* si iis, qui tutor fuit, rationem administrationis suæ redderet, *l. 7. C. qui pet. tut.*

Ad certam causam] Duplex igitur hic inter tutelam & curā differentia animadvertitur: una est, quod curator non detur invito, tutor invito detur, *l. 6. de tut. & cur. dat.* altera, quod curator ad certam causam dari potest, tutor non potest, *§. certè. sup. qui test. tut. dar.* Neutrum autem horum moribus hodiernis observatur, ut alibi ostendimus.

TEXTUS.

3. *Furiosi quoque & prodigi, licèt majores vigintiquinque annis sint, tamen in curatione sunt adgnatorum ex lege duodecim tabularum. Sed solent Romæ præfectus urbi, vel prætores, & in provinciis præsides, ex inquisitione eis curatores dare.*

NOTÆ.

3. FURIOSI QUOQUE] *l. 1. D. de cur fur.* Ulp. *tit.* 12. §. 1. Cic. *2. de invent. & 3. Tusc.*

PRODIGI] Quibus dissolutè viventibus bonis interdictum, *l. 6. de verbor. oblig. §. 2. infr. quib non est permiss. fac. testam.* Ulp. *d. loc.*

COMMENTARIUS.

1. *Prodigone ipso jure, sive eo ipso, quod prodigus est, bonis interdictum intelligi debeat; an verò ad id requiratur sententia magistratus.*

NOn uti tutela quædam impuberum legitima est, ita & cura quædam minorum puberum. Tutela legitima agnatis proximis lege defertur propter spem certam successionis, *l. 1. de legit. tut.* Cura autem mala ob ætatem lege delata est, quia puberes testamentum facere, & præteritis agnatis, quem velint, sibi hæredem instituere possunt. Unde jam intelligitur, cur ob furorem, vel prodigalitatem, à lege curatores dentur: nimirùm quia furiosi & prodigi, qui non magis, quàm impuberes, testamentum facere possunt, certos successores habent agnatos, quos ideò & curatores esse lex voluit.

Licet maiores] Et magis igitur, si minores sint. Nam lex omnes furiosos & prodigos solis pupillis exceptis in curatione agnatorum esse voluit. Cæterùm postquam minores omnes ex oratione D. Marci curatores accipere cœperunt, placuit curatorem minori 25. annis furioso, non ut furioso, sed ut adolescenti dari, non propter furorem, sed propter ætatem *l. 3. §. 1. D. de tut.* quem locum non videtur inspexisse D. Bachovius, sed principium duntaxat *d. l. 3.* ex quo contrarium defendere conatur. Ant. Faber 1. *jurisp.* 12. *pr.* 1 *illat.* 6. contendit, *d. §.* 1. Triboniani esse, & à juris ratione alienum: nam cùm curator minoris non personæ, sed rebus detur, furiosi cõtra personæ, interesse furiosi, quasi furioso potiùs quàm quasi adolescenti, curatorem dari. Bella ratio. Credo ne alioqui nuptiæ à furioso sine consensu curatoris contractæ ratæ sint, aut ex negotio gesto saltem cum auctoritate curatoris obligetur. Ex professo cum Fabro congreditur eximius Jurisconsultus Franc. de Amaya *l. 1. obs. iur. c. 8.*

Ex lege duodecim tabularum] *L. 1. l. 12. de curat. fur. Vlp. tit.* 12. *§. 1.* Verba legis recitat M. Tullius *lib. 2. de invent. & 3. Tuscul. Si furiosus existat, agnatûm gentiliumq; in eo pecuniaq; eius potestas esto.* Unde nonnulli existimant, legem de prodigo nihil nominatim cavisse, sed per interpretationem ita acceptã esse, propter successionis emolumentum, quod ut furioso, ita & prodigo mortuo, ex lege apud agnatos est, *arg. tit. de leg. patr. tut. supra*, quanquam apud nostros huiusmodi distinctio non reperitur. Prodigum definit Ulp. *d. l.* 1. eum, qui neq; modum neq; finem impensarũ habet, sed bona sua dilacerando & dissipando profundit. Unde vulgò quæri solet, an prodigus intelligendus sit, qui facto talis est, an verò decretum magistratus expectandum: hoc est, an ipso jure & lege 12. tabularum dissolutè & luxuriosè viventi bonorum administratio interdicta intelligatur; an verò tum demum, cùm talis esse sententia magistratus declaratus est. Dicendum, eum, qui moribus talis est, qualis in *d. l.* 1. describitur, revera quidem & ethicè prodigum esse, (nam vitia & virtutes non pendent ex cognitione & sententia iudicis; sed propriam naturam & formam habent) cæterum quoad rerum suarũ administrationem neminem ante politicè & effectu juris pro prodigo haberi, quàm ea administratio causa cognita decreto magistratus ei adempta sit: cuiusmodi decreti extat vetus formula apud Paul. 3. *sent.* 4. Nimirum bonorum administrationis ademptio sive interdictio non juris est, sed jurisdictionis, hoc est, nemini speciatim bonorum administrationem lex interdicit, ac ne potest quidem interdicere: sed generaliter interdici jubet omnibus, idq; auctoritate magistratus, quos prodigos esse causa cognita constabit, eumque, cui bonis publicè interdictum est, vult esse in curatione agnatorum, *Vlp. d. tit. §. 1 fac. §. 2. inf. quib. non est perm. fac. test. l. 6. de cur. fur.* qui tamen & lege interdici bonis dicitur, *d. l. 1. de cur. fur. l. 18. qui test fac. l. 5. §. 1. de acq. hær.* propterea quod lex id fieri jubet, & quia à lege curatorem & administratorem bonorum accipit. Benè igitur & rationi juris convenienter Horatius 2. *serm.* 3.

——— Interdicto huic omne adimat jus
Prætor, & ad sanos abeat tutela propinquos.

Furiosi alia ratio est: nam cùm furor per se emineat, ut furioso bonis à magistratu interdicatur, non requiritur: at verò an quis prodigus haberi debeat, ex multis & variis circunstantiis æstimandũ est, de quibus magistratum cognoscere & pronuntiare oportet: ne quis temerè in hominem sui juris, & liberalem fortè magis, quàm prodigum, potestatem aliquam sibi usurpet, aut cuiquam probabilis ignorantia noceat. Atqui, inquis, prodigus receptis sanis moribus, & cum frugalitate in gratiam reversus, desinit ipso jure esse in curatione, *d. l. 1. de cur. fur.* Sed ne hoc quidem excludit cognitionem & declarationem magistratus: utique necesse est, ut publicè & apertè de eo constet, uti communiter DD. nostri, teste Angelo, statuunt. Atque hoc etiam concedo, si quis contraxerit cum manifestè luxurioso, eoque, quem sciebat, pecuniam illicò malè consumpturum, dici posse, esse quod sibi imputet, *arg. l. 8. pro empt. Vigl. in §. 2. inf. quib. non est perm. test. fac. Mynsh. hic, Gail 2. obs. 51. Paul. Eus. ad l. 6. de verb. obl. Ant. Fab. C. suo de cur. fur. def. 7. Decker. 2. diss. 8. n. 8. D. Tuld. hic cap. 4. & ad tit. C. de cur. fur. Christin. vol. 2. decis. 163.* Nostris moribus semper requiritur sententia declaratoria ejusque publicatio, teste Grot. 1. *manud.* 11. *add. Iod. Damhoud c. 8. de tut. & cur. mun. n.* 26.

Sed solent Romæ] *L. 1. de cur. fur. l. 8 §. ult. de tut. & cur. dat.* qua tamen in re, quam minimum potest, magistratus à lege duodecim tabularum recedit: nam aliis administrationem dare non solet, nisi agnati aut nulli sint, aut minus idonei, *l. 13. de cur. fur.* ut non absolutè hæc cura ex legitima facta sit honoraria.

TEXTUS.

4. *Sed & mente captis, & surdis, & mutis, & qui perpetuo morbo laborant, (quia rebus suis superesse non possunt) curatores dandi sunt.*

COM-

COMMENTARIUS.

Mente captis] Furiosus utique & mente captus est, hoc est, demens sive amens: nam furor definitore Cicerone 3. *Tusc.* est *mentis ad omnia cæcitas*. Plerumque tamen separantur, ut in *l. diem proferre 27. § coram de recept. arb. l. 2. de inoff. test. l. ult. §. 1. C. de adm. tut.* uti & furor & dementia, *l. 8. de tut. & cur. dat. leg. 6. de cur. fur.* mente captus ἄνους, ἀνόητος; furiosus μανιώδης. Cic. *In Pison. Ego te non vecordem, non furiosum, non mente captum, non tragico illo Oreste aut Agamemnone dementiorem putem*: Hoc autem distare furiosum à mente capto interpp. nostri docent, quod ille rabie quadam animi agatur, quales fabulæ memorant Athamantem, Herculem, Ajacem, Orestem; hic magis in quiete sit, nec ulla ferè signa ostendat extrinsecus; quod vitium plerumque naturale & perpetuum est. Furiosorum autem duo sunt genera; nam in quibusdam morbus perpetuus est, & continua mentis abalienatio; in quibusdam remissionem & intervalla habet, *l. 14. de off. præs. l. 12. §. 2. de iudic. l. si cum dotem 22. § si maritus sol. matr. l. 6. C. de cur. fur.*

Surdi & muti] De surdis & mutis est in *l. 8 § 3. de tut. & cur. dat.* generatim de omnibus, qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint, *l. 12. eod. tit.* De cæcis nihil cautum: quippe qui rei suæ familiari, si nihil aliud impediat, satis benè præesse possunt.

TEXTUS.

5. *Interdum autem & pupilli curatores accipiunt, ut puta si legitimus tutor non sit idoneus; quoniam habenti tutorem tutor dari non potest. Item si testamento datus tutor, vel à prætore aut præside, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administret, solet ei curator adjungi. Item loco tutorum, qui non in perpetuum, sed ad tempus à tutela excusantur, solent curatores dari.*

NOTÆ.

5. CURATOR ADIUNGI] *l. 10. §. ult. de excus. l. 13. de tut. l. 1. C. in quibus causis Tut.* legitimo tutori etiam suspecto, *l. 9. de suspect. tutor.* alibi tamen tutor appellatur, *l. 12. de tutel. l. 14. & seq. de tutor. dat.*

COMMENTARIUS.

Habenti tutorem tutor dari non potest] Regula iuris civilis passim in hoc argumento tradita, *l. idem fit 27. de test. tut. l. cum tute C. qui pet. tut. l. si fororis, qui pet. tut.* &c. Cuius vera ratio est, quæ à Wesembecio redditur, quod cum tutor personæ pupilli & universo eius patrimonio datus intelligatur, *§. datus inf. de excus.* hoc jus ei invito, quamdiu tutor manet, sine injuria adimi aut minui non possit apposito alio tutore. Curator autem rectè adjungitur juvandi & sublevandi tutoris causa; & volenti ac petenti item tutor. Cæterum nullum usum hæc regula hodiernis moribus habet, *Grot. l. 1. introd. c. 7.* & jure Romano non unam exceptionem. Nam primo habenti tutorem tutor dari potest aliarum rerum, *l. propter litem 21. § ult. de excus.* nempe patrimonij pupilli, quod in alia provincia habet *l. tut. res 39. § patruus de adm. tut.* Deinde si tutor furere cœperit, aut mutus vel surdus factus sit, complura senatusconsulta facta esse Cajus auctor est, ut in ejus locum alius tutor detur, *l. pen. de tutel.* Idem denique traditum est, si tutor reip. causa abesse cœperit, aut ab hostibus receptus sit, aut relegatus, *l. 12. & l. 15. eod. l. 1. & l. pen. C. in quib. ea tut. hab.* Quod tamen & ipsum in plerisque causis non est perpetuum: nam alibi legimus ob morbum aut insaniam tutoris curatorem interim dari, *l. 10. §. ult. de excus.* item propter absentiam eorum omnium, qui ad tempus excusantur, *l. 15. & l. seq. de tut. & cur. dat.* Existimo; prætorem pro qualitate morbi aut diuturnitate absentiæ modò tutorem, modò curatorem dedisse, veteresque hisce nominibus promiscuè sæpè usos.

Nec tamen fraudulenter] Nam fraudulenter in re pupilli versanti non curator adjungitur, sed tutela interdicitur, *l. 6. C. de susp. tut. § ult. inf. eod.* Hæc autem clausula in legitimo tutore omissa est, cujus existimationi propter necessitudinem parcitur, etiamsi quid fortè peccaverit; & curator ei potius adjungi solet, quàm ut notata fide à tutela removeatur, *l. 9. de susp. tut.*

Sed ad tempus] Quod reip. causa adsint, *l. 15. de tut. dat.* aut ad aliam necessariam aut justam causam, *l. 16. eod.* In ejus autem locum, qui in perpetuum excusatur, alius tutor sufficitur, *l. 11. §. 1. de test. tut. l. 1. C. in quib. ca. tut. hab.*

TEXTUS.

6. *Quod si tutor vel adversa valetudine, vel alia necessitate impediatur, quominus negotia pupilli administrare possit, &*

pupillus

pupillus vel absit, vel infans sit, quem velit actorem, periculo ipsius tutoris prætor, vel qui provinciæ præerit, decreto constituet.

NOTÆ.

ACTOREM] Pomponius adjutorem tutelæ vocat, *l.* 13. §. 1. *de tut. l.*

CONSTITUET] Id est, decernet editum, & nominatum à Tutore, & ob hanc causam etiam periculo tutoris, *lib.* 24. *de adm. tut. & l.* 13. §. 1. *de tutel.*

COMMENTARIUS.

NOn semper ex causis, quas diximus, tutori curator à magistratu additur; sed solet decreto prætoris actor constitui periculo tutoris, quoties cumque aut diffusa negotia sunt, aut dignitas, vel ætas, aut valetudo tutoris id postulat, *l. decreto* 24. *de adm. tut.* quem adjutorem tutelæ appellat Pompon. *l.* 13. §. 1. *de tut.* Curator quoque ex iisdem causis similiter actorem dat, *l. un. C. de act. à tut. seu cur dand.*

Vel absit, vel infans sit] Nam si præsens sit & fandi potens, nihil necesse est prætorem adire actoris decreto constituendi causa, cùm pupillus, ut dominus, auctore tutore procuratorem constituere possit, *d. l. decreto de adm. tut. l.* 11. *C. de proc.*

Periculo ipsius tutoris] Quamvis tutor curatoris sibi adjuncti periculum non præstet: actor tamen & adjutor tutelæ periculo tutoris constituitur, licet decretum interveniat, *d. l.* 13. §. 1. *de tut. d. l. decreto de adm. tut.* Hoc ideo, quia is qui nominat, idoneum esse promittere videtur, *arg. l.* 1. *de mag. conv.* 4. §. 3. *de fidei. & nominat.*

TITULUS XXIV.

De Satisdatione tutorum vel curatorum.

Continuatio, & argumentum tituli, cum summa plerorumque, quæ tutelæ & curæ communia.

HActenus dictum est de tutoribus & curatoribus distinctè & separatim; expositumque, quæ tutelæ, quæ etiam curæ sunt propria. Quæ nunc sequuntur satisdatio, excusatio, suspecti accusatio & remotio, promiscua sunt, & utriusque muneris communia. Quamobrem quæ fortè uno genere brevitatis causa dicemus, ea de altero quoque intelligenda sunt. Hic autem titulus, quamvis simplicem inscriptionem, duo tamen capita habet: unum est de satisdatione à tutoribus in præparatione ad officium exigenda, cui respondet titulus in π. *rem pup. salv. for.* alterum de magistratibus in subsidium conveniendis; de quo *tit.* π. *& C. de mag. conv.* Præter satisdationem & duæ aliæ res sunt, quæ hîc omissæ à tutoribus & curatoribus omnibus exiguntur, inventarij rerum pupillarium cõfectio, *l.* 7. *de adm. tut l. ult. Cod. arb. tut. l. tutor.* 24. *C. de adm. tut.* de quo adi *Christin. vol.* 3. *dec.* 151. *n.* 6. *& seqq. & dec.* 163. *n.* 7. *& seq. Grot.* 1. *manud.* 9. deinde ut jurent se rem ex fide atq; ad utilitatem curæ suæ commissorum gesturos esse, *Nov.* 72. *c. ult. unde auth. quod generaliter, C. de cur fur.* Ad hæc pro officio administrationis bona tutoris & curatoris pupillo & adolescenti tacitè pignori sunt obligata, *l. pro officio C. de adm. tut. & ibi DD. Christin. d. decis.* 151. Postremò in eo quoque eadem conditio est tutorum & curatorum, quod bona pupilli minorisve immobilia, atque ex mobilibus, quæ servari possunt, alienare eis non licet sine cognitione & decreto judicis, *l. ex quæ* 22. *C. de adm. tut. & ib. DD. add. Christin. d. decis.* 151. *cum seqq.*

TEXTUS.

Ne tamen pupillorum pupillarúmve, & eorum, qui quæve in curatione sunt, negotia à curatoribus tutoribúsve consumantur vel diminuantur, curet prætor, ut & tutores & curatores eo nomine satisdent. Sed hoc non est perpetuum, nam tutores testamento dati satisdare non coguntur: quia fides eorum & diligentia ab ipso testatore approbata est. Item ex inquisitione tutores vel curatores dati satisdatione non onerantur: quia idonei electi sunt.

NOTÆ.

EO NOMINE SATISDENT] Id est pupillum vel adultum datis fidejussoribus securum faciant, *l.* 1. *& pass. D. rem pup. salv. for.* hoc enim est satisdare. Græci ἐγγύας ποιεῖσθαι. Prætoriæ stipulationes, qualis hæc est, cautionem pigneratitiam regulariter non admittat, *l.* 7. *de stip. prat.*

TESTAMENTO DATI] Ut ex testamento confirmati, *l.* 3. *de conf. tut.* paternum testimonium pro satisdatione sufficit, *l.* 7. §. 5. *C. de curat. fur.* neque enim tutor à patre nisi spectatæ fidei, & diligentiæ eligi solet *l.* 36. *de excus.* excipe casus, *l.* 8. *cum* 2. *seqq. de conf. tut.*

EX INQUISITIONE] *l.* 4. *C. de tut. qui sat. non ded.*

Ministerio de Cultura 2024

ded. & regula est, ubi locus est Inquisitioni, cessat satisdatio, *l.8. de cur. fur. l. ult. §.7. de am. rer. ad civ. pertin.* fides enim inquisitionis pro vinculo cedit cautionis, ut ait Pap. *l.13. in fin. de tut. dat.*

COMMENTARIUS.

1. *Quando pignora in vicē satisdationis admittantur.*
2. *Plures fidejussores unius tutoris beneficium divisionis non habere. At ex persona plurium tutorum actionem inter fidejussores dividi.*
3. *Nullum esse genus tutorum, in quo non aliqui satisdandi lege soluti.*
4. *Quod circa satisdationem, & nonnulla alia, apud nos observetur.*

EO *nomine satisdent*] Satisdare propriè est, fidejussoribus datis cavere, *l.1. qui satisd. cog.* Atque hoc prætoriæ stipulationes regulariter desiderant, *l. prætoriæ de prat. stip.* nimirum quia prætor ferè cavere jubet de eo, quod interest, nec certam æstimationem habet, ideò pignora dari noluit; cùm sciri non possit, quæ & qualia deponenda sint. Sed & pignora multis casibus sunt obnoxia, multa etiam incommoda, & tædiosam habent custodiam; quod
1 notat Castr. *ad d. l. 1. qui satisd. cog.* Quod si cautio pro re certa aut quantitate præstanda sit, etiam pignora amittit, *l.1. §. jubet 9. de collat. l.2. §.3. quod legat.* Itaque satisdare tutelæ aut curæ nomine est, stipulanti pupillo vel adolescenti, sive alij, cui de ea re stipulandi jus est, promittere se pupillum vel adolescentem indemnem præstaturum, datis in eā rem fidejussoribus, qui quod tutorem ex ea causa præstare oportebat, spondeant: unde hæc cautio dicitur satisdatio de indemnitate pupilli vel ado-
2 lescentis, & passim satisdatio rem pupilli vel adolescentis salvam fore. Si plures fidejussores & tutores dati sunt, singuli in solidum tenentur, & conveniri possunt; neque beneficium divisionis, quod cæteri fidejussores ex epistola D. Andriani habent, ad fidejussores tutoris pertinet, *l. ult. rem pup. salv.* Cæterùm ex persona plurium tutorum inter fidejussores dividitur actio, *l.6. de fidei & nomin. l.1. §. & si quidem 11. de tut. & rat. distr.* Pertinet verò hæc stipulatio etiam ad curatores furiosorum & prodigorum, *l.1. §. uit. rem pup. sal. for.* & siquidem tutor fuit, finita demum tutela committitur, atque exinde dies fideiussoribus cedere incipit: in curatore statim atque quæque res salva non esse cœperit, *d. l. 1. §. 4.* Porrò quicquid in judicium tutelæ venit, id etiam hac stipulatione continetur: ac proinde non tantùm damna illata, sed etiā lucra neglecta, *l.9. d. tit. l.1. de tut. & rat distr. l. si tut. 15. de adm. tut.*
3 *Sed hoc non est perpetuum*] Hoc adeò perpetuum non est, ut exceptiones latius patere videantur, quàm ipsa regula: nullum enim genus tutorum est, in quo non aliqui satisdandi lege soluti sint: testamentarij in universum, *l. testamento 17. de test. tut. l.2. C. de tut. vel cur. qui sat. non ded.* Ex legitimis eximuntur patroni eorumque liberi, *l.5. §.1. de leg. tut.* Ex dativis, qui dantur ex inquisitione, *hoc text. & l. pen. C. d. tit.* At cur hos omnes à satisdatione immunes esse placuit contra utilitatem, ut videtur, pupillorum? Respondemus, nihil hic fieri contra utilitatem pupillorum: tantùm ubi illis satis benè prospectum esse creditur, incivile visum est, satisdationem exigi, utrisque spectatæ fidei ac diligentiæ hoc onus imponi. Tales autem habendi sunt; qui vel testamento, vel ex inquisitione dantur, ob causas, quas mox exprimit Justinianus. Patrono autem liberisque eius etsi satisdatio remittitur, id tamen non fit nisi causa cognita, *d. l.5. §.1. de leg. tut.* Parentem autem manumissorem vel maximè hac lege solutum esse convenit.

Tutores testamenti dati] Extra quàm si facultatum dati à patre tutoris facta sit deminutio, vel morum ante celata aut ignorata emerserit improbitas, vel inimicitiæ cum patre exarserint, *l.4. de test. tut. l.8. & 2. seqq. de conf. tut.* tutores quoque, qui non legitimè testamento dati, aut omnimodò, aut ex inquisitione confirmandi sunt, satisdatione non onerantur: cæteri satisdant, *l.1. §.2. & aliquot ll. seqq. d. tit. §. ult. sup. de tutel. & ib. not.*

Ab ipso testatore approbata] Quippe parentes ne- 4
mini tutelam liberorum suorum committere solent, nisi ei, cujus benevolentia, fides ac diligentia eis satis cognita perspectaque sit, *l. amicissimos 36. de excuss.* ut meritò paternum testimonium pro satisdatione sufficere debeat, *l. de creationibus 27. C. de Episc. aud. ult. §.5. de cur fur.*

Quia idonei electi] Quam ob causam fidem inquisitionis pro vinculo cautionis cedere, Papinian. scribit, *l. si impuberi 13. in fin. de tut. & cur. dat.* Olim apud nos nemo tutor idoneus sine satisdatione æstimabatur: verùm hodie prudentiæ & religioni eorum qui rebus pupillaribus præsunt, ea res committitur, qui non solent satisdationem à tutoribus exigere, contendi eorum jureiurando; præsertim si testamento dati sint, quod & passim alibi observatur, *Ioan. à Sande lib. 2. tit. 9. def in. 9.* Extat formula jurisiurandi in *stat. tutelar. Rhinland. art. 22.* Quandoque ab uno ex pluribus tutoribus, cui singulariter administratio concreditur, fideiussores aut pignora, prout res postulat, de consilio propinquorum pupilli, exiguntur. Quæ majoris momenti sunt, non nisi sciente & consentiente magistratu pupillaris tutores

facere possunt, nisi is magistratus testamento exclusus sit: quo tamen casu nihilominus suprema inspectio, re exigente, penes eos est, qui tribunali præsunt: *vid. Grot. 1. manud. 9.* ubi etiam tractat, an tutores, & quinam, mercedem administrationis petere possint: item, quando tutoribus liceat quæstorem constituere; & quædam alia ad tutoris administrantis & quæstoris constituti officium pertinentia.

TEXTUS.

1. *Sed si ex testamento vel inquisitione duo pluréve dati fuerint, potest unus offerre satisdationem de indemnitate pupilli vel adolescentis, & contutori suo, vel concuratori præferri, ut solus administret; vel ut contutor, aut concurator satis offerens præponatur ei, ut & ipse solus administret. Itaque per se non potest petere satisdationem à contutore vel concuratore: sed offerre debet, ut electionem det concuratori vel contutori suo, utrùm velit satis accipere, an satisdare. Quod si nemo eorum satis offerat, siquidem adscriptum fuerit à testatore, quis gerat, ille gerere debet: quod si non fuerit adscriptum, quem major pars elegerit, ipse gerere debet, edicto Prætoris cavetur. Sin autem ipsi tutores dissenserint circa eligendum eum, vel eos, qui gerere debent, Prætor partes suas interponere debet. Idem & in pluribus ex inquisitione datis comprobandum est, id est, ut major pars eligere possit, per quem administratio fiat.*

NOTÆ.

1. POTEST UNUS OFFERRE] Unius ex pluribus tutoribus satisdationi non obnoxiis provocatione fieri potest, ut cæteri satisdationi subiiciantur, aut huic parato satisdare administratio committatur, *l. 17. & 2. seqq. de test. tut.* cujus institutionem pete ex *l. 3. §. 6. de admin. tut.*

SIQUIDEM ADSCRIPTUM] *d. l. 3. §. 1. de adm. tut.* malè huic primum locum defert Hotoman. quod præter text. evincit ipsa ratio. Bachov.

SI NON FUERIT ADSCRIPTUM] Aut adscriptus gerere nolit, *d. l. 3. §. 7.*

PRÆTOR PARTES SUAS INTERPONERE] Id est causa cognita statuere, quis tutelam geret, *d. l. 3. §. 7. l. 14. §. 1. D. de solut.* Sorte rem hic dirimi non placet, quia vertitur in præjudicium alterius. Accurs.

COMMENTARIUS.

1. *Provocatione unius ex pluribus tutoribus satisdationi non obnoxijs fieri posse, ut cæteri satisdationi subijciantur.*
2. *Tutelam non tam commodè à pluribus, quàm ab uno administravi: ideoq; Prætori curæ esse, ut administratio in unum derivetur, & quis in ea re ordo.*

HIc locus exceptionem quandam continet eorum, quæ de tutoribus testamento aut ex inquisitione datis satisdatione non onerandis initio dicta sunt: nam etsi directò ab his satisdatio 1
exigi non potest: si tamen plures sunt huiusmodi tutores, provocatione unius fieri potest, ut cæteri satisdationi subiiciantur, si huic parato satisdare administrationem committi nolint. Id quod summa ratione à Prætore introductum est. Nam cùm periculum administratione non divisa commune sit omnium tutorum, & quod culpa unius malè gestum est, alios quoque oneret: *l. 6. in fin. C. arb. tut. l. pen. C. de div. tut.* æquissimum est, ut ei, qui hoc incommodum meruit, soli administratio permittatur satisdationem ad securitatem collegarum offerenti, aut si ipsi administrare malint, eadem conditione administrent, collegamque suum, qui satis obtulit, præstita cautione itidem securum reddant. Porrò quoniam tutela non tam commodè à 2
pluribus, quàm ab uno administrari solet, (quippe plures ad administrationem admissi sæpè dissensione aut æmulatione se invicem impediunt, sæpè etiam, ut ait Aristot. *2. pol. 1.* mutua præsumptione & fiducia operæ alterius omnes cessant; utique unus facilius & actiones exercet & excipit) curæ Prætori fuit, ut quoad fieri posset, in paucos, vel unum potius, tutelam derivaret, quàm ut ea per multos spargeretur, *l. 3. §. apparet 6. de adm. tut.* eleganter D. Tuld. *c. 3. & 4. hic.* Huius autem rei causa gradus complures Prætor fecit, quorum ordinem & numerum hic demonstrat Iustinianus. Primus est, ut ei qui ex pluribus satisdationi non obnoxijs, satisdationem offert, gestus committatur, *l. 17. de test. tut.* Proximus, si nemo satis offerat, ut ei committatur, quem testator gerere voluit: cui malè primum locum defert Hotom. *d. l. 3. §. 1. de adm. tut. l. 14. §. 1. de solut.* Tertius, si testator neminē designavit, ut is administret, quem major pars collegarum, elegerit, *d. l. 3. §. si non 7. d. l. 14. §. 1.* Quartus, si collegæ inter se dissentiant, ut cùm prætor partes suas interponat, & causa cognita ipse statuat,

tuat, quis tutelam gerere debeat, *dd. ll.* Sorte hîc rem dirimi non placuit; quia vertitur præjudicium alterius, *Gloss. in verb. partes.* Enimverò hæc ita obtinent, ubi de tutelæ administratione uni aut paucis committenda agitur: nam si omnes gerere velint, aut tutelam inter se dividi, vel in partes, vel in regiones audiendi sunt, ne inviti alienum periculum subire cogantur, *d. l.* 3. §. *pen. & ult. cum l. seq. de adm. tut.* Idemque est, si omnes parati sint satisdare, *d. l.* 17. *de test. tut.* ut tamen maximè idoneum prætor eligere possit. *l. quod si* 18. *d. tit.* Porrò nec judicio testatoris semper in hac re standum, nec satis offerens semper præfertur, ob causas quas affert Ulpian. *d. l.* 3. §. 3. *de adm. tut. d. l.* 17. §. 1. *& 2. de test. tut.*

Per se non potest petere] Dativus vel testamentarius tutor sive curator à collega suo satis petere non potest: sed offerre ei debet, utrùm satis accipere velit, an dare, *l.* 7. *rem pup. salv. for.* Sed ita aut satisda, aut satis accipe.

In pluribus ex inquisitione] Ex interpretatione videlicet edicti & oratione DD. fratrum: siquidem verba edicti ad testamentarios tantùm pertinent, *l. si nemo* 19. §. 1. *de test. tut.* Illud hic præteundum non est, etiamsi uni administratio decernatur, non ideircò tamen honorarios tutores, id est, eos qui non administrant, per omnia immunes esse à periculo tutelæ: sed excussis prius facultatibus ejus, qui gessit, etiam hos conveniri posse: quippe quorum munus sit observare actus tutoris gerentis, rationes inspicere, & malè versantem suspectum facere, *d. l.* 3. §. 2. *de adm. tut. D. Tuld. c.* 4.

TEXTUS.

2. *Sciendum autem est, non solùm tutores vel curatores pupillis vel adultis cæterisq; personis ex administratione rerum teneri: sed etjam in eos, qui satisdationem accipiunt, subsidiariam actionem esse, quæ ultimum eis præsidium possit afferre. Subsidiaria autem actio in eos datur, qui aut omninò à tutoribus vel curatoribus satisdari non curaverunt, aut non idoneè passi sunt caveri. Quæ quidem tam ex prudentum responsis, quàm ex constitutionibus imperialibus etiã in hæredes eorum extenditur.*

NOTÆ.

2. QUI SATISDATIONEM ACCIPIUNT] Magistratus intellige; qui satisdationem exigere debuerant, *tit. D. & c. de Magistrat. conven.*

SUBSIDIARIAM ACTIONEM] Qui in subsidium pupilli datur, & adultis, excussis priùs administratoribus, eorumque fidejussoribus. Vide fusiùs in commentario infrà.

COMMENTARIUS.

1. *Qui quando præter tutores & curatores pupillis, & minoribus teneantur, & quo quisque ordine conveniendus.*

PArs huius tituli altera, in qua agitur de actione subsidiaria, quæ pupillis vel adultis cæterisque personis, tanquam ultimum præsidium, datur adversus magistratus, qui satisdationem exigere debent. Vnde apparet, huic actioni locum non esse, ubi testamento vel ex inquisitione dati sunt tutores: sed usum ejus esse posse in legitimis tantùm, aut simpliciter datis, quos solos satisdationi obnoxios esse diximus.

Subsidiariam actionem] Quæ ex re ipsa hoc nomen accepit, quia in subsidium pupillis datur, si à tutoribus eorumve fidejussoribus suum consequi nequeant; ut hæc actio ultimum eis sit perfugium, & tanquam sacra anchora, *l.* 4. *& 5. C. de mag. conv.* Quò res meliùs intelligatur, sciendum est, primo loco conveniendos esse tutores eorumq; hæredes; & si plures sint tutores, eum qui gessit, ejusque successores, *l. tutores* 39. §. *in eum* 11. *de adm. tut. l. ult. C. de dim. tut.* quòd si is solvendo non sit, hoc cæteros onerare. Si omnes gesserunt, unum eligi posse, & in solidum conveniri, *l.* 2. *C. d. tit. l.* 6. *arb. tut.* sed electo tum triplici beneficio succurri; divisionis & cedendarum actionum, exemplo fidejussorum, *l.* 1. §. *& si quidem* 11. *de tut. & rat. dist. d. l.* 2. *C. de div. tut.* & insuper utili actione adversus contutores, si quid ex communi gestu non mandatis actionibus præstiterit, *d. l.* 1. §. *& si forte* 13. Si nemo gesserit, & omnes solvendo sint, electioni itidem locum esse, eumq; qui convenitur, excipere posse periculi societatem; cæterum ut actiones sibi præstentur, frustrà desiderare, *l. si plures* 38. *de adm. tut.* Quòd si à magistratu vel testatore in partes seu regiones divisa sit tutelæ administratio, pro parte attributa quemque conveniendum esse, nisi cujus dolus aut culpa arguatur, quòd collegam suspectum non fecerit; aut fecerit quidem, sed collusorie, aut eversis jam ejus facultatibus, *d. l.* 2. *C. de div. tut. l. Lucius* 46. §. *pen. de adm. tut.* Conventione autem tutorum mutuum periculum non finitur: Verùm qui administravit, si solvendo sit, ejusque successores, primo loco conveniendi, *l. ult. C. d. tit.* Porrò & bona tutorum tum propter

res gestas, tum propter non gestas pupillis esse, obligata, *l. pro officio 20. C. de admin. tut. Mynsing. Schneid. hic.* Atque hic pupillo consistendum, si à tutoribus satisdatum non est, quia testamento aut ex inquisitione dati. Si verò tales sint, satisdare debuerint, nec exacta sit satisdatio, post tutores statim ad magistratus venitur, qui officium suum in exigendo neglexerunt, ut hoc text. Exacta autem cautione post tutores hæredesq; eorum conveniuntur dari fidejussores, iisque deficientibus hæredes eorum, *l. 3. de fidei. & non & hær. tut.* Atque ad extremum, excussis omnibus & administratorum & fidejussorum bonis, si solidum pupillus nondum consecutus est, subsidiaria actio est in magistratus, qui satisdationem acceperunt, *l. Lucius 46. § pen. de adm. tut. l. 4. C. de mag. con.* Nonnunquam tamen prius ad magistratus venitur, quàm ad contutores, si nimirum his nihil imputari possit, quod vel satis à contutore non exegerint; vel suspectum eum nō fecerint, *vid. l. 1. §. usq; adeò 15. de tut. & rat. dist. junct. l. 14. de adm. tut. l. 2. & 3. de mag. conv. add. VVes. par. de adm. tut. n. 5. & de mag. conv. per tot. Christin. vol. 3. dec. 156. n. 9.*

Non idoneè passi sunt caveri] Quoties vitiosè cautum est, non videtur cautum, *l. 6. qui satisd. cog.* Atque hic notant, paria esse, utrum quid non fiat, an non debito modo. Sed hoc interest, quod ubi omninò cautum non est, statim magistratus conveniri possunt: ubi cautum est, licèt non idoneè, fidejussorum bona prius excutienda sunt, quàm ad magistratus veniatur.

In hæredes] Non tamen similiter tenentur hæredes magistratuum, ut ipsi magistratus, nam nec hæres tutoris negligentiæ nomine tenetur. Nam magistratus quidem in omne periculum succedit: hæres ipsius doli tantum, & dolo proximæ culpæ succedaneus est, *l. 4. de mag. conv. l. 2. C. eod.* Etenim si magistratus tanta fuit negligentia, ut aut omnem cautionem omitteret, aut evidenter cum minus idoneis fidejussoribus contraheret, ipsum hoc casu loco fidejussoris habendum placuit, *l. 6. eod.*

TEXTUS.

3. *Quibus constitutionibus & illud exprimitur, ut nisi caveant tutores & curatores, pignoribus captis coerceantur.*

COMMENTARIUS.

Pignoribus captis] Pignora ideò dicuntur; quia aliquandiu, & donec aliquid fiat, retinentur: eaque pars fuisse videtur multæ dictionis. Quod si in contumacia perseverent, removendi à tutela, ut suspecti, *l. 3. de susp. tut.*

TEXTUS.

4. *Neque autem præfectus urbi, neque prætor, neque præses provinciæ, neque quisquam alius, cui tutores dandi jus est, hac actione tenebitur: Sed hi tantummodo, qui satisdationem exigere solent.*

NOTÆ.

4. QUI SATISDATIONEM EXIGERE] In urbe scriba, in provinciis duumviri, *l. ult. C. d. tit. l. 3. § ult. de pecul. D.*

COMMENTARIUS.

1. *An ipsi etiam magistratus majores cautionem exigere potuerint.*
2. *Moribus hodiernis perexiguum actionis subsidiariæ usum esse.*

Cui tutores dandi jus est] Καὶ ἐξοχὴν, vel jus plenum & liberum, quale item habent proconsules, cæterique, quibus provinciæ regendæ commissæ, *l. 1. de tut. & cur. dat. l. 1. §. 1. D. de mag. conv.* alioqui & magistratus municipales jus dandi tutores habent, sed circumscriptum, aut pendens ab arbitrio & jussu majorum magistratuum, *l. 3. d. tit. junct. §. sed hoc jure sup. de Attil. tut.* Locus hic descriptus ex *l. 1. de mag. conv.*

Qui satisdationem exigere solent] Ut magistratus & defensores civitatū, οἱ ἔφοροι καὶ ἔγδικοι τῶν πόλεων, Theoph. Item scriba præsidis vel prætoris, *l. ult. C. eod.* Ait, *exigere solent.* Potuitne ergo & ipse prætor cautionem exigere? & potuisse non dubito, *l. 2. & 3. rem pup. salv.* Igitur & præsides potuerunt. Nusquam tamen reperimus in eos actionem subsidiariam dari; sed contra, generaliter non dari: fortassis propter eminentiam dignitatis eorum: vel quia absurdum videtur, eis, qui sine satisdatione tutorem dare poterant, fraudi esse, quod singulari erga pupillum affectu ducti, quo certius ei cautum esset, fidejussores exegerint. In his regionibus actioni subsidiariæ vix locus est, ut suprà quoque monuimus: neque in Germania usum eius esse testatur *Treutl. vol. 2. disp. 9. thes. 7.* In Gallia quoque desuetudine abrogatam ex Bugnion. *lib. 1. de leg. abrog. satyr. 2.* refert Gothof. *ad rubr. C. de mag. conv.* quod miror à Barone adnotatum non esse. Planè si quid dolo malo in satisdatione exigenda magistratus fecisse convincantur, puta quod scienter

ces & prudentes fidejussorem minus idoneum admiserint, hoc casu etiamnum eos teneri, tradunt *D. Tulden. ad d. tit. C. n. 3. & Perez ibid. n. 4. Christin. vol. 3. decis. 181. n. 4. & 7. Groenweg. d. ll. abrog. hic.* Atque ita judicatum referunt *Bugn prad. loc. Papon. lib. 10. tit. 4. art. 10.*

TITULUS XXV.

De excusationibus tutorum vel curatorũ.

Ratio ordinis, & quædam προθεωρίαι.

TRactationem de excusantibus & suspectis tutoribus in postremum hunc locum rejecit Iustinianus, cùm ageret de modis, quibus tutela finitur, *§. ult. sup. quib. mod. tut fin.* Hoc tit. agit de excusationibus, sequenti & postremo de suspectis. Utrumque autem etiam hoc argumentum promiscuum est, atq; ex æquo ad tutores & curatores pertinet. Excusare se nihil aliud est, quàm justam causam apud magistratum allegare, ad obtinendam à tutela, sive delata sive suscepta immunitatem. Aio, sive delata, sive suscepta. Nam excusationum usus est & ante & post susceptam administrationem, ut ex sequentibus apparebit. Aio, justam causam: nã nisi excusatio justa atque ad eam rem constituta causa nitatur, non est audienda. Etenim tutela munus publicum est, cuius ea conditio, ut id, nisi justa causa afferatur, neque delatum detractari, neque susceptũ deponi possit, *l. 3. §. 1. & 4. l. 6. de mun. & hon. l. 1.* & passim *de vac. mun. l. 1. de adm. tut.* Causæ excusationum variæ sunt: hîc octodecim ferè enumerantur, plures in *π & C. hoc tit.* Atque harũ omnium quædam certæ sunt, & legibus ita definitæ, ut simpliciter sint recipiẽdæ; cujusmodi sunt numerus liberorum, administratio fisci, absentia reip. causa, &c. aliæ arbitrariæ, quæ causa cognita à magistratu vel recipi, vel rejici possunt; quales sunt, verbi causa paupertas, adversa valetudo, imperitia literarum.

TEXTUS.

Excusantur autem tutores & curatores variis ex causis: plerumque tamen propter liberos, sive in potestate sint, sive emancipati. Si enim tres liberos superstites Romæ quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provincijs quinque, à tutela vel cura potest excusari, exemplo cæterorum munerum, nam & tutelam & curam placuit publicum munus esse. Sed adoptivi liberi non prosunt: in adoptionem autem dati naturali patri prosunt. Item nepotes ex filio prosunt, ut in locum patris sui succedant: ex filia non prosunt. Filij autem superstites tantùm ad tutelæ vel curæ muneris excusationem prosunt: defuncti autem non prosunt. Sed si in bello amissi sunt, quæsitum est, an prosint. Et cõstat eos solos prodesse, qui in acie amittuntur. Hi enim, qui pro republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.

NOTÆ.

PROPTER LIBEROS] Ex Mod. *l. 2. §. 2. & seqq. D. h. t. l. 1. C. qui num. lib.* vide fusiùs in com. inf.

PUBLICUM MUNUS] *l. 1. §. 4. l. ult. §. 1. D. de mun. & hon. l. 9. de his qui sui vel alien. jur.* nempe ratione necessitatis, propriè enim Reipub. munus non est, *l. 6. §. 15. D. h. t. vide comment.*

ADOPTIVI LIBERI NON PROSUNT] Olim proderant, quem morem reprehendit P. Scipio apud Gell. *5. 19.*

QUI IN ACIE AMITTUNTUR] *l. 18. hoc tit.* & ita cape Mod. *in l. ult. de vac. mun. in bello amissus.* Gell. *2. c. 15. aut bello amisit*, non per causam belli, in obsidione fortè: sed in acie, in prælio, Sallust. *in eo bello trecenti milites desiderati.* vid. com.

COMMENTARIUS.

PROPTER LIBEROS] Romanis studium fuit matrimonia omnibus modis invitare, quod publicè interesse credebant justa sobole repleri civitatem: quã ob causam & pœnis cœlibes, & maritos, quos liberos suscepissent, præmijs affecerunt: quod effectum maximè legibus Julijs de maritandis ordinibus, & lege Papia Poppæa, de quibus *Cujac. ad l. 2. hoc tit. Lipsius in com. ad 3. annal. ad verba Taciti, de moderanda Pappia Poppæa. Hotom. in descriptione legum Rom.* Inter hæc præmia immunitas fuit, à muneribus civilibus, *l. 1. pr. l. 2. de vac. mun.* ac proinde etjam à tutela & cura, *l. 2. §. 2. hoc tit. l. 1. C. qui nũ. lib.*

Sive emancipati] *l. 2. §. 3. hoc tit. l. 2. §. in columes de vac. mun.* quippe hæc immunitas non tam propter onus domesticum educationis liberorum conditur, ut vulgò existimant, quàm ut præmium & remuneratio πολυπαίδων, de jure triũ lib. vid. Duar. 1. d. 40.

Tres liberos Romæ, in Italia quatuor, &c.] *l. 1. C. qui num. lib. se exc.* Hinc apparet discrimen aliquod loci adhuc relictum fuisse inter Latinos, provinciales, cæterosque cives, qui urbem incolerent,

etiam post constitutionem Antonini *in l. in orbe de stat. hom.* quamvis omnes ex ea constitutione effecti sint cives Romani, quod & alibi observare licet, §. *per traditionem* 40. *inf. de ver. div. & inf. de usuc. impr.* itemque *in pr. quib. al. lic.* Quod autem de Roma hic dicitur, Schol. Th. transfert, & ad novam Romam, τὴν Κωνσταντίνου πόλιν, & Thraciam τὴν Θρᾴκην.

Exemplo caterorum munerum] Personalium nimirum: nam à patrimonialibus muneribus, quæ rerum & possessionum propriè onera sunt, numerus liberorum non excusat, *l.* 2. §. 4. *l.* 10. *& seq. de vac. mun.* neque ab honoribus muneribusque his cohærentibus, *d. l.* 2. §. 1. nisi major sit, videlicet sedecim liberorum, *l.* 5. §. 2. *de iur. imm.* aut minimum XII. *l. si quis* 24. *C. de decur.* quo tamen loco pro XII. substituendum esse XVI. existimat Cujac.

Publicum munus] Tutela propriè non est munus publicum: neque enim rem publicam, sed privatam pupilli tutor tractat: nec reipub. pecuniariter interest pupillis tutores dari, *l.* 2. §. *pen. in fin. ad municip.* sed per consequentias & impropriè loquendo; quia ad curam publicam pertinet, orbos ac pupillos tueri ac defendere *l.* 2. §. 2. *qui per tut.* Hinc facilè intelligitur, cur Modestinus neget tutelam esse munus reip. *l.* 6. § *tutela* 15. *hoc tit.* Aut quid si dicamus, ideò tutelam appellari munus publicum, quia civis è populo non secus ac cætera munera, publicè injungi potest.

Adoptivi liberi non prosunt] Quod & generaliter traditum est, *d. l.* 2. §. 2. *de vac. mun.* & ratio est, quia hæc beneficia partibus data sunt, qui numero civium remp. auxerunt. Meminit Tacitus 18. *annal.* senatusconsulti facti tempore Neronis, quo cautum erat, *ne liberi adoptivi ad præmia patrum prodessent.*

In adoptionem dati prosunt] Ex quo manifestè liquet, quod paulò antè diximus, hanc immunitatem magis esse beneficium πολυπαιδίας, quàm levamentum oneris domestici.

Nepotes ex filio] Scilicet demortuo, *l.* 2. §. *non solum* 7. *hoc tit.* nam ex filio emancipato nativo ideò non prosunt; quia ille ei prodest, & hi patri suo. Quòd si plures sint ex uno filio nepotes, non singuli singula capita constituunt, sed unum universi, patremq; omnes simul repræsentant, *d. loc.* quod & in cæteris muneribus obtinet, *l.* 3. *C. de his qui cũ l.* 10.

Ex filia non prosunt] Non quia in avi materni potestate non sunt: nam nec emancipati, nec in adoptionem dati in potestate patris manent, quos tamen prodesse constat, sed quia duobus prodesse non debent: prosunt autem patri suo aut avo paterno, *l.* 2. *C. qui num lib.*

Superstes] *l.* 2. §. 4. *hoc tit. l.* 2. §. *incolumes de vac. mun.* quippe hi soli & reipub. usui & parentibus oneri sunt. Defuncti non prosunt, præterquam bello amissi, *d. tit.* Quod *Ulp. l. bello* 18. *hoc tit. & Iustin. hic* de ijs accipi volunt, qui in acie seu in prælio εὐτῆ συμπλοκῇ amissi sunt, propterea quòd hi pro repub. cedidisse intelligantur, & in perpetuum per gloriam vivere. Unde cùm ex statuto secundo genitus in jure primogenituræ præferretur filio primogeniti præmortui, responsum est hoc locum non habere, si in acie primogenitus occubuisset. Ayala *l.* 3. *de jur. bell. c.* 7, *n.* 21. Qui verò per causam belli in obsidione, præsidiis, castris abripiuntur, huc non pertinent, *d. l. bello.* De iis, qui pro patria mortem oppetunt, præclarè M. Tullius *pro Planc. & Philip.* 9. *Liv. l.* 25. *Diod. Sic. l.* 15. ἀντὶ θνητοῦ σώματος ἀθάνατον μνῆμα καταλείπουσιν. *in Lesbonact. hortat.*

TEXTUS.

1. *Item divus Marcus in semestribus rescripsit, eum, qui res fisci administrat, à tutela & cura, quamdiu administrat, excusari posse.*

COMMENTARIUS.

IN *Semestribus*] Crebra est semestrium D. Marci in libris nostris mentio. Auctor est Suetonius *in Aug. c.* 35. Augustum semestria senatorum aliquot consilia sibi instituisse, cum quibus de negotiis ad frequentem senatum referendis antè tractaret. Dio *lib.* 53. scribit, ex reliquo numero senatorum quindecim ad hoc sorte lectos esse εἰς ἐξάμηνον, quod exemplum Marcus secutus videtur, *vid. Pet. Fab. in præfat. semestr.*

Res fisci] Vel etiam rem privatam Principis, *l. administrantes* 41. *hoc tit.* Huc referunt & exactores tributorum *l. exactores, C. eod.* colonos patrimoniales, *l. ult. qui dar. tut.* cæterosque, quibus Princeps curam alicujus rei injunxit, *l. geometræ* 22. §. 1. *l. jurisperitos* 30. *eod.*

TEXTUS.

2. *Item qui reipublicæ causa absunt, à tutela, vel cura excusantur. Sed etsi fuerint tutores, vel curatores dati, deinde reipub. causa abesse cœperint, à tutela vel cura excusantur, quatenus reipubl. causa absunt: & interea curator loco eorum datur, qui*

Ministerio de Cultura 2024

qui si reversi fuerint, recipiunt onus tutelæ: nam nec anni habent vacationem, ut Papinianus libro quinto responsorum scripsit: nam hoc spatium habent ad novas tutelas vocati.

NOTÆ.

2. REIP. CAUSA ABSUNT] *l. 1. C. si tut. reip. caus. l. 41. D h. tit.* quinam reipub. caus. abesse dicantur, disce *ex l. 32. l. 35. l. 38. D. ex quib. caus. maj.* Vide fusiùs ex Comment. infrà.

AD NOVAS TUTELAS VOCATI] Qui, cùm Reip. causa abessent, ad novas tutelas vocati sunt, reversi anni vocationem habent: sed munus antè susceptum statim resumi debet, *l. 10. pr. & §. 2. l. 45. D. h. tit. l. 2. C. si tut. reip. caus.*

COMMENTARIUS.

REipub. causa absunt] *d. l. administrantes, §. 2. hoc tit.* Reip. causa abesse dicuntur, qui publici alicujus muneris vel officij causa, cui præsunt, ab urbe profecti sunt, ut ex Modestino, Paulo, & Ulp. dicimus, *l. abesse 32. l. qui mittuntur 35. l. si cui 38, ex quib. ca. ma.* Horum duo sunt peculiaria: nam cùm cæteri, qui propter solum officium aut magistratum excusatur, susceptam tutelam deponere non possint: *§. seq.* eamque à qua excusati erant, statim finito officio suscipere cogantur: *arg. §. præc. l. geometræ §. 1. & d. l. administrantes hoc tit.* utrumque contra est in iis, qui reip. causa absunt, nam & à suscepta, quamdiu reip. causa absunt, excusantur: & si interim ad novam tutelam vocati fuerint, reversi, anni habent vocationem, *hoc text. l. 16. eod.* Ubi Modestinus sic scribit; οἱ χρείας δημοσίας δήμου Ῥωμαίων ἕνεκα ἀποδημήσαντες ἐνιαυτοῦ ἔχουσιν ἀνάπαυσιν κατὰ τὸ ἐπανελθεῖν. Ergo absentes municipij causa non videntur hanc anni vacationem habuisse, contra quam sentit VVesemb.

posteà adeptam non possunt, *l. 17. §. 5.*

COMMENTARIUS.

POtestatis vocabulum apud nostros aliquando largè accipitur, ut iis etiam attribuatur, qui cùm magistratus non sint, notionem tamen, aut jurisdictionem aliquam habent: ut in edicto. *Quod quisque juris, &c. l. 1. §. 1.* item in *l. 3. §. ult. de rec. arb. l. 3. in fin. ad leg. Iul. majest.* Sæpè item ea vox significat publicam illam jubendi ac coërcendi auctoritatem, quæ magistratuum est, sed omnium communis; ut idem sit magistratus potestas & imperium, Et hoc est, quod Paulus scribit, *l. potestatis 125. de verb. sign.* potestatis vocabulo imperium in persona magistratuum significari: ac proinde in hac significatione verum est, etiam minores magistratus imperium potestatemque habuisse. Nonnunquam etiam κατ' ἐξοχὴν soli magistratus maiores imperium & potestatem habere dicuntur, minores sine imperio & potestate esse, *l. nec magistratibus 32. de injur. l. 2. de in ius voc.* Atque in excellentiori hoc significatu verbum potestatis hic accipiendum esse ex eo perspicuum est, quod ædilitas à tutela non excusat, *l. non tantùm 17. §. is qui hoc tit.* Magistratus tamen civitatum, τοὺς στρατηγοὺς τῶν πόλεων, remissionem à tutela habuisse apertè testatur Modestin. *l. 6. §. remittuntur 16. eod. add. Cujac. ad l. 4. in fin. eod. Ant. Fab. 1. jurispr. hoc tit pr. 1. ill 3.* Sed vix est, ut id hodie observetur. *Bern. Autumn. coll. jur. ad d. l. 6. §. 16.*

Susceptam deserere non possunt] Magistratus, qui antè se miscuerunt administrationi, vacatio à tutelis non conceditur, *d. l. non tantùm, §. sanè*, in quo differunt ab ijs, qui reipub. causa abesse coguntur, ut paulò antè dictum.

TEXTUS.

3. *Et qui potestatem aliquam habent, se excusare possunt, ut divus Marcus rescripsit: sed susceptam tutelam deserere non possunt.*

NOTÆ

3. QUI POTESTATEM ALIQUAM] Videtur hoc verbum hic accipi in significatu excellentiori, & referri ad Magistratus majores: nam ædilitas à tutela non excusat *l. 17. §. 4. h. t.* Modest. tamen apertè testatur, & τοὺς στρατηγοὺς τῶν πόλεων habere remissionem, *l. 6. §. ἀφίνεται 16. eod.* qui autem antè se miscuerunt, excusare se propter potestatem

TEXTUS.

4. *Item propter litem, quam cum pupillo, vel adulto tutor vel curator habet, excusari non potest, nisi fortè de omnibus bonis, vel hereditate controversia sit.*

NOTÆ.

4. NISI FORTE DE OMNIBUS BONIS] Aut maxima eorum parte, *l. 20. l. 21. eod.* quo casu etjam utile pupillo nolentem se excusare à tutela removeri. Vide in comment.

COM-

COMMENTARIUS.

IUsta causa excusationis non est, quod litem aliquam cum pupillo tutor habeat: sed si judicio agendum sit, quia tutor in rem suam auctor fieri non potest, curator interim ad hoc pupillo datur, qui judicio peracto curator esse desinit, *§. ult. de auct. tut.* At si de omnibus bonis, plurimave eorum parte, aut de hæreditate lis sit, æquum est excusationem tutoris recipi, *l. si pupillum 20. & l. seq. hoc. tit.* Imo utile pupillo, etiam nolentem se excusare, à tutela removeri, *d. l. si pupillum.* Non tamen in quavis disceptatione hæreditatis simpliciter & sine cognitione causæ recepta fuisse, ut detur tutoris excusatio, *arg. l. si ut alleg. C. eod.* Hodie tota hæc quæstio inutilis: nam Novella Justiniani constitutione 72. vetatur quilibet creditor aut debitor pupilli tutor ejus esse, dixi suprà ad *d. §. ult. de auct. tut.*

TEXTUS.

5. *Item tria onera tutelæ non affectatæ, vel curæ, præstant vacationem, quamdiu administrantur: ut tamen plurium pupillorum tutela, vel cura eorumdem bonorum, veluti fratrum, pro una computetur.*

NOTÆ.

5. TRIA ONERA TUTELÆ] *l. 2. §. ult. l. 3. l. 4. hoc tit. l. unic. cap. qui num. tut.*

COMMENTARIUS.

NEmo ita onerandus est alienis negotijs, ut sua ipsius negligere cogatur: adeoque & pupillorum interest tutorem non nimis multis negotijs implicari. Quamobrem placuit tria onera tutelarum, vel tria onera curationum, vel tria onera permistarum tutelarum & curationum, quartæ tutelæ curationisve excusationem præbere, *l. 2. §. ult. & l. seq. hoc tit. l. un. C. qui num. tut.* Sufficere item visum est tria ejusmodi onera esse in una domo; hoc est, unam familiam tria onera tutelarum aut curationum sustinere: ac proinde & tutelarum numerum, quas pater gerit filio, & quas filius gerit, patri, & qua frater, fratri, qui in ejusdem patris potestate est, ad excusationem prodesse, *l. 5. §. ult. eod.* modò tutelæ quas filij administrant, spectent ad periculum patris, *l. 5. eod.*

Non affectatæ] Tutelæ affectatæ in numerum tutelarum non cedunt, *l. spadonem 15. §. est autem 15. eod. d. l. un. C. qui num. tut.* Itaque sive quis lucrum captans ultrò se tutelæ obtulit, sive tenuem νόμου χάριον suscipit, ut numerum trium expleret, à quarta non excusabitur, *d. §. est autem.* Sic enim verba Modestini, ὁ μετρίου γενόμενος ἐπίτροπος, interpretor. μετρίου, scilicet ὀρφανοῦ, ἢ οὐσίας, ut non tutor pauper, quemadmodum Holoander vertit, sed pauperis tutor ijs verbis significetur: quam interpretationem & Theophilus juvat: nam Curtius verba Theophili, ἐπιτροπὴν εὐτελεστάτην, perperam interpretatus est, tutelam opulentam, cùm tenuissimam vertere debuerit: quod mirum est D. Gothofredum non animadvertisse.

Quamdiu administrantur] Id enim maximè consideratur: in tantum, ut, si aut priorum pupillorum ætas prope pubertatem sit, aut eorum, quorum ad tutelam nunc primum tutor vocatur, excusatio non detur, *l. non tantùm 17. hoc tit.* Hinc quoque est, quod in numerum tutelarum non placet cedere, si quis sit fidejussor tutoris, vel si magistratus municipalis tutorem dedit, licet periculum eos spectet, & magistratus in subsidium conveniri possit. Sed nec honorarius tutor periculum in numerum tutelarum imputat, *l. spadonem § si civitatis 9. eod.* ad quem tamen quasi pars quædam administrationis pertinet: tenetur enim actus gerentis sollicitè observare, cumque, si malè versetur, suspectum facere, *l. 3. §. 2. de adm. tut.* Enimverò tutor, qui cessat in administratione tutelæ, eam ratione periculi in numerum trium computat, *l. si is qui 31. in fin. pr. hoc tit. l. si quis 60. de rit. nupt.* nimirum quia qui cessat, principaliter tenetur, & suo nomine perinde ac si gessisset.

Pro una computetur] Tria onera non ex numero pupillorum aut adolescentum computantur, sed ex diversitate patrimoniorum, rationumque & conficiendarum & reddendarum difficultate: nam si tres sint fratres consortes, hoc est, qui indivisum patrimonium habent, pro una tutela est si tres dissortes, tres sunt tutelæ, *l. 3. d. l. si is qui 31. §. ult. hoc tit.* Idemque est & in alijs sive cognatis, sive extraneis consortibus aut dissortibus *d. §. ult.* Sed & contra aliquando unius pupilli tutela ob eandem causam ad excusationem sufficere debet, si nimirum tam diffusa, negotiosa & molesta sit, ut pro pluribus cedat, *d. §. ult.* cujus rei disquisitio ferè est in arbitrio prætoris tutelaris, ut ex eodem loco intelligitur, & hic notat *Bachov. add. Cujac. ad l. 2. eod.*

TEXTUS.

6. *Sed & propter paupertatem excusationem tribui, tam divi Fratres, quàm per se*

se divus Marcus rescripsit, si quis imparem se oneri injuncto possit docere.

COMMENTARIUS.

DEsumptus hic locus est ex *l. 7. & l. post susceptam* 40. *§. 1. hoc tit.* Est autem hæc excusatio ex iis quoque, quarum receptio aut repudiatio pendet à magistratu, cuius de ea re cognitio est. Nam qui hac excusatione utitur, docere debet se imparem esse oneri injuncto, hoc est, tam tenuis & nullius fortunæ, ut vix sibi quærere possit vitæ necessaria: quod judicem æstimare oportet, *Mynsinger. Schneid. VVesemb. hic.*

TEXTUS.

7. *Item propter adversam valetudinem propter quam ne suis quidem negotijs interesse potest, excusatio locum habet.*

COMMENTARIUS.

ET hæc causa ex earum genere est, quæ cognitionem magistratus desiderant: neque enim quæcumque valetudo excusat, sed ea, quæ impedimento est, quo minus quis suis rebus superesse possit, *l. 10. in fin. l. pen. §. ult. hoc tit. l. un. C. qui morb.*

TEXTUS.

8. *Similiter eos, qui litteras nesciunt, esse excusandos, divus Pius rescripsit: quamvis & imperiti literarum possint ad administrationem negotiorum sufficere.*

NOTÆ.

8. QUI LITTERAS NESCIUNT] Id est, qui nec legere, nec scribere didicerunt, ut *in l. 3. §. 2. D. accus. colum. 1. de re R. 8.* Suet. in Claud. *cap. 10.* Excusatio hic admissa propter rationum conficiendarum, & reddendarum difficultatem. Vide plura in comment.

COMMENTARIUS.

LIteras pro παιδείᾳ aut humanitate sæpè accipi, notum est. Propriè tamen literæ elementa significant, *l. 11. §. 3. de instit. act. l. 6. §. ult. de bon. poss. l. 1. §. sed cæterarum de var. & extr. cogn.* Cic. pro *Sylla; Litera posteritatis causa reperta sunt.* Hinc nescire literas dicuntur, qui ne elementarij quidem sunt, hoc est, qui nec legere nec scribere didicerunt, *l. 3. §. 2. de accus. l. hac consultissima 21. l. nostram 30. C. de testam.* ut & è contrario scire literas, qui scribere sciunt; *l. pater 93. §. 1. de acq. her. l. discretis C. qui test. fac.* Suet. in *Claud. cap. 10.* idque ex usu etiam aliorum auctorum, ut multis docet *Duar. 1. disp. 3.* & vel unum illud Neronis apophthegma ostendit; *Velim nescire literas*, de quo Seneca 2. *de clem. c. 1.* Eandemque loquendi formam etiam Græcis familiarem fuisse argumento est vetus illud proverbium: quo Plato usus est 3. *de legib.* μήτε νεῖν μήτε γράμματα ἐιδέναι. Nec dubito, quin *Iust. hic & Paul. l. 6. §. ult. eod.* eodem modo hac locutione utantur, ut nescire litteras ijs sit, neque legere scire, neque pingere: & imperiti literarum Iustiniano, ἀγραμμάτοις, Modestino in *d. §.* idem quod ἀναλφάβητοι. Nam dicere se studijs literarum imbutum non esse, & ἀπαιδευσίαν hic causari, sanè quàm ineptum est.

Quamvis & imperiti literarum] Axioma discretum est; quamvis imperiti literarum non sint negotiorum expertes: tamen à tutela sunt excusandi. Cui per connexum contradicere videtur Paul. *d. l. 6. §. ult.* Si imperiti literarum non sint negotiorum expertes, à tutela non sunt excusandi. Sunt qui particulam *quamvis* hoc loco notam esse volunt exceptionis, contra perpetuum & certum Latini sermonis usum. Alij, nescire literas, Paulo esse, non didicisse humaniores literas, in studijs literarum non esse versatum; quasi literarum, hoc est, politioris humanitatis expertes ad tutelam administrandam minus idonei videri debeant. Fabulæ. Puto etiam literarum ignorantiam ad classem earum excusationum referendam esse, quæ arbitrio magistratus nunc admittuntur, nunc rejiciuntur. Itaque quod Iust. ait, imperitos literarum esse excusandos, non ita accipi velim, quasi simpliciter & semper excusari debeant, sed causa cognita, si fortè tutela diffusior atque negotiosior, ut propter rationum conficiendarum difficultatem ab imperio literarum commodè administrari non possit, quamvis is ad res alias gerendas sit idoneus: nam ut memoriæ omnia credat, ab eo exigi non oportet; nec satis tutum, vicaria aliorum opera in commentariis & ephemeridibus conscribendis uti. Quod si tutela non sit magni patrimonij, ὄντελης, aut aliàs satis expedita, cui gerendæ sufficiat quivis non hebeti ingenio, neque expers negotiorum, nulla ratio est, cur quis ob solam imperitiam literarum ab ea excusetur. Atque ita Paulum tempero in *d. l. 6. §. ult.*

TEXTUS.

9. *Item si propter inimicitias aliquem*

testamento tutorem pater dederit, hoc ipsum præstat ei excusationem, sicut per contrarium non excusantur, qui se tutelam administraturos patri pupillorum promiserant.

COMMENTARIUS.

PRopter inimicitias] Quo molestiam exhibeat inimico; ἵνα ὑποβληθῇ ἐνοχῇ καὶ πράγμασι; *ut subjiciatur litibus & negotijs, d. l. 6. §. δίδωσιν 17.* Nam si testator bona mente eum tutorem dedit, cui inimicus antea infensusque fuit, hoc ipso videtur facta gratiæ reconciliatio. Dicam plurà *inf. §. 11.*

Non excusantur] Qui patri pupillorum tutorem se futurum promisit, nulla excusatione gaudet, quamvis alias excusare se jure possit, quasi excusationibus renuntiasse videatur, qui ita fidem suam obligavit, *l. spadonem §. 1. hoc tit. l. ex sententia 29. de test. tut.*

TEXTUS.

10. *Non esse autem admittendum excusationem ejus, qui hoc solo utitur, quod ignotus patri pupillorum sit, divi fratres rescripserunt.*

NOTÆ.

10. DIVI FRATRES] Marcus Antonius Philosophus, & Ælius verus, T. Antonini Pij filij, Adriani Nepotes, *vid. Liv. de ijsd.*

COMMENTARIUS.

IGnotus patri] *d. l. spadonem §. qui dixerit* 14. Excipiunt DD. post Glossam hic, nisi quis dicat se ibi domicilium non habere, ubi ad tutelam vocatus est, *l. ult. eod.* sed hoc genus est excusationis omnium commune.

Divi fratres] Marcus Antoninus Philosophus & Ælius Verus. T. Antonini Pij filii, Adriani nepotes, qui primi duo Augusti appellati, & fastis consularibus sic inscripti sunt, auctore Spartiano in *Ælio Vero.* Appellantur & fratres Imperatores, *l. fratres 33. de pœn. l. si adulterium 38. § fratres ad leg. Iul. de adult.* vid. Ant. Augustinum *lib. sing. de excus. ad §.* ἔτι ἀπολύεσθαι *18. l. 6. hoc tit.* & Cujac. ibid. Obiter addo, Divos à Jurisconsultis appellari Imperatores, qui post obitum in Deos relati erant ea ἀποθεώσεως solemnitate, quam scribit Herodian. li. 3. postquam & templa iis cõstitui, ac sacerdotes & sodales creari, & ludi fieri, omnesque divini honores decerni solebant, ut ex Tacito, Tranquillo, Spartiano, Capitolino, aliisque id genus auctoribus discimus.

TEXTUS.

11. *Inimicitiæ, quas quis cum patre pupillorum vel adultorum exercuit, si capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenerit, à tutela vel cura solent excusare.*

NOTÆ.

11. CUM PATRE PUPILLORUM] *d. l. 6. §. 17. Paul. 2. sent. 27.* idem est: si cum pupillis vel adultis, *l. 3. §. 12. D. de susp. tut.* ubi Ulp. ait etiam ob hanc causam removeri.

COMMENTARIUS.

1. *An homini Christiano conveniat ad excusationem tutelæ obtendere inimicitias.*

NUnc de inimicitiis paulò pluribus & distinctius agamus. Ait, inimicitias capitales quas quis cum patre pupillorum exercuit, nisi intervenerit reconciliatio, solere excusare. Inimicitias capitales intelligo quascunque graviores, quæ vel vitam, vel libertatem, vel existimationem petunt, *arg. l. licet capitalis 10. de verb. sign.* Sunt qui existimant, hujusmodi excusationem minus convenire homini Christiano: neque enim rectè videri tutorem dicturum, non debere se cogi bene facere homini inimico & de se malè merito; aut liberis eius: quæ sententia ethnicis fortassis conveniat, aut veteribus illis, quorum meminit Christus *Matth. c. 5.* qui legem Domini sic accipiebant; *Diliges proximum tuum, & odio habebis inimicum tuum.* Christianis & piis non convenit. Et sanè ita est, nisi ratio afferatur, cur inimicitiæ excusare debeant; qualis hic occurrit, videlicet ut liceat sinistram suspicionem hoc obtentu vitare & antevenire remotionem. Ait, *cum patre pupillorum.* Idem est si pupillis ipsis vel adultis inimicus sit, *l. 3. §. si tutor. 12. de susp. tut.* Ait, *nec reconciliatio intervenerit.* Reconciliatio aut apertè intervenit, ut si post ortas inimicitias in gratiam redierint; aut tacitè, si eum; cui pater justè infensus antea erat, postea testamento suo tutorem scripserit: nam si hoc bono animo fecerit, non ut litibus eum implicaret, injuriam ei hoc ipso remisisse videtur, *l. 6. §. dat remissionem 17. hoc tit.* Planè ipse pater causam inimicitiis dedit, puta quod eum, quem tutorem dedit, aliquando capitis accusaverit, aut insigni

insigni contumelia affecerit, ad excludendam excusationem necessaria est aperta reconciliatio, *arg. §. seq.* Nam illius est remittere injuriam, cui illata est. Ait, *solent excusare*, & meritò: nisi enim hujusmodi tutores & curatores ultrò se excusent, inviti removentur, *d. l. 3. § si tutor. de susp. tut.*

TEXTUS.

12. *Item is, qui status controversiam à pupillorum patre passus est, excusatur à tutela.*

COMMENTARIUS.

SI tutor status controversiam à patre pupilli passus sit, id est, si eum parer in servitutem petierit hoc par interdum, ac si capitis accusasset, *l. 14. ff. de bon. libert.* & hic tutor omnimodo excusandus, etsi pater eum posteà testamento tutorem dederit, ut jam diximus. Is etiam excusatur à tutela, qui talem controversiam movet pupillo, seriò & bona fide, non dedita opera ne tutelam subeat; & calumniæ causa, quod ex rescripto Marci & Veri (ita legendum esse textus Græcus ostendit) proponitur in *l. 6. §. amplius 18. hoc titulo.*

TEXTUS.

13. *Item major septuaginta annis à tutela & cura se potest excusare. Minores autem viginti quinque annis olim quidem excusabantur: nostra autem constitutione prohibentur ad tutelam vel curam adspirare: adeo ut nec excusatione opus sit. Qua constitutione cavetur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus: quum sit incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, & ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire.*

NOTÆ.

13. MAIOR SEPTUAGINTA ANNIS] Non ingressus annum septuagesimum, sed egressus, *l. 2. D. hoc tit. l. 3. de jur. immun.*

NOSTRA CONSTITUTIONE] *l. ult. C. de leg. tut.*

PROHIBENTUR AD TUTELAM] Videtur Tribonianus erraſſe in explicatione juris veteris. 1. Quod putavit minorem 25. tutorem à Magistratu dari potuisse, datumque necesse habuisse se excusare. 2. Quod credidit periculo minoris, cui legitima tutela delata erat, curatorem interim datum tutelã administrasse, vide plura infrà in comment.

COMMENTARIUS.

1. *Duplex Triboniani error in explicatione juris veteris animadversus.*

SEnes æquè ac magistratus veteres reveriti sunt, *l. 5. de jur. immun.* quæ reverentia consistebat in assurgendo, in loco dando ac cedendo, domo deducendo ac reducendo. Iuvenalis *satyr. 13.*

Credebant hoc grande nefas & morte piandum,
Si juvenis vetulo non assurrexerat.

add. Valer. l. 2. c. 1. Cic. 1. Off. Gell. l. 2. c. 15. Fuit etiam venerabilis senectus excusatione honorum & vacatione munerum personalium. Ab honoribus excusabant anni 60. in urbe. Senec. *de brev. vitæ, Lex à quinquagesimo anno militem non cogit, à sexagesimo senatorem non citat.* Idem tamen 2. *Controv.* 65. annos exigit. A decurionatu excusabant anni 55. *l. non tantùm de decur.* à tutelis cæteriſque muneribus personalibus anni 70. *l. 3. de jur. immun. l. 1. hoc tit. l. un. C. qui ætat.* In *l. ult. C. qui ætat. vel profess. l.* 10. pro LV. legendum LXX. ut contextus ostendit; & monet Cujac. Cæterùm hæc ita procedebant, nisi aliter consuetudo vel lex municipalis definiret, *d. l. non tantùm, l. 2. de vac. mun.*

Major septuaginta annis] In immunitatibus cœptus annus pro completo non habetur: quamobrem ad vacationem tutelæ non sufficit ingressum esse, aut agere annum septuagesimum, sed degressum esse oportet, *leg. 2. hoc tit. l. 3. de tut. immun.*

Minores olim quidem excusabantur] Hic locus & constitutio Iustiniani *in l. ult. C. de leg. tut.* multis imposuit. Constat minorem 25. annis testamento tutorem rectè dari: sed ita datum perinde haberi: ac si sub conditione aut ex die datus esset, cùm major 25. annis factus fuerit; ut interim nec tutelam administret, nec ullo effectu pro tutore habeatur, *§. 2. sup. qui test. tut. l. quaro 32. in fin. de test. tut.* sed alius tutor aut curator interim à magistratu datur, qui tutor aut curator esse desinit existente conditione, hoc est, post legitimam tutoris testamento dati ætatem, *l. 10. §. pen. hoc tit. §. 1. sup. de Attil. tut.* Legitimos tutores nemo dat, sed lex eos facit tutores, *l. 3. de leg. tut.* Atque uti quisque proximus est agnatus, ita jure ex lege tutor est; quamvis potestas administrandi

nistrandi demum post perfectam ætatem ei deseratur, *l.16.§.1. de tutel. l.4. l.8. de leg. tut.* Quare si agnatus pupilli proximus minor erit 25. annis, jure agnationis & successionis ex lege tutor est: sed quia jus administrandæ tutelæ ante justam ætatē non habet, curator interim ad hoc à magistratu dabitur, *§. ult. sup. de curat. d l. 10. §. pen.* qui locus simul confirmat, quod dixi, eum ipso jure, pro tutore esse: alioqui non à magistratu alius interim daretur, sed insequentis gradus agnati protinus in tutelæ administratione succederent, *arg. leg. 3. §. pen. de leg. tut.* Revise quæ scripsi ad *§. ult. sup. de cap. dem.* A magistratu tutor sub conditione aut ex die dari non potuit, *l.6. §. 1. de tut.* Ergo nec minor 25. annis: quippe cui dationi insit dies aut conditio, cùm major erit, *§. 2. sup. qui test. tut. l. 10. §. pen. & ult. de test. tut.* Quapropter si tota datio non consistit, nec ἐν τῇ νεότητι pro tutore ullo effectu habebitur, ac ne quidem post ἀκμὴν tutor erit: ideoque consultò de testamentario & legitimo duntaxat Modestinū *d. l. 10 § pen.* locutum esse existimandum est. Nunc videamus quid hîc novi constituerit Justinianus. Ait, minores 25. annis olim quidem excusatos fuisse: se autem constitutione sua cavisse, ne omninò minor aut detur tutor, aut ad legitimam tutelam vocetur, *d. l. ult. C. de leg. tut.* De legitimis & dativis loquitur constitutio: liberam patris voluntatem testamento de tutela caventis non coarctat. In ea autem constitutione atque hoc loco duplex Triboniani error in explicatione juris veteris animadvertitur. Unus est quòd putaverit, jure veteri periculo minoris, cui legitima tutela delata erat, curatorem interim datum tutelam administrasse, ut patet ex ratione, quæ affertur in pr. constitutionis. Alter, quod minorem à magistratu tutorem dari posse crediderit, sed excusandum fuisse; quasi vel omissa excusatione ipse minor tutelam gerere potuerit, aut alius simul à magistratu dandus fuerit, qui interim periculo minoris gereret. Quæ omnia tam absurda & à ratione juris veteris aliena sunt, ut mirum sit, Cujacium, Hotom. Wesemb. ipsumque adeò custodem Triboniani Ant. Fabrū hîc dormitasse. Quod si quid novi hîc constitutum videri possit, erit illud unum, quod Bachovius existimat, ut jam non ampliùs agnato proximo, si minor sit, tutela legitima ullo modo deferatur; sed ea ætate insuper habita, soli ex agnatis proximis tutores fiant, qui sunt perfectæ ætatis: at si proximi omnes minores sint, ut sequentes vocentur; quos olim exclusos fuisse, ac ne durante quidem ἀφηλικίᾳ proximi ad administrationem tutelæ admissos jam ostendimus.

Nec pupillus] Si verum est, quod diximus agnatum proximum, quamdiu minor est, tutelam gerere non posse, ineptè atque inutiliter videtur quæri, an pupillus ad legitimam tutelam pupilli sit vocandus. Nam & si fingamus, alterum infantem esse, alterum pubertati proximum, exiguum tamen tēpus superfuturum est administrationi. Et in *l. 10. §. pen. hoc tit.* non de impubere quęritur, sed de adolescente sive minore 25. annis: nam ἀφήλιξ, qui & ἀνήλιξ, Græcis non est ἄνηβος, sed νέος, hoc est, adolescens, τὴν ἡβὴν μὲν ἀπερβὰς, ἐλάττων δὲ κέ ἐνιαυτῶν, ut passim apud Theoph. & Harmenop.

Quum incivile sit] Hæc ratio nihil aliud efficere videtur, quàm ut ne minori tutelæ administratio permittatur. Atqui nec jure veteri ea minori permissa fuit. Sed, ut dixi, falsò credidit Justinianus, periculo minoris interim tutelam ab alio administrari solitam, nam ideò se jus vetus mutasse scribit, ut cuique immineat pro sua tantummodò administratione periculum, ne alieno onere alius prægravetur. Itaque tutelam vel curam subire, hoc loco dixisse existimari potest pro eo, nempe periculum tutelæ ab alio administrandæ, sustinere.

TEXTUS.

14. *Idem & in milite observandum est, ut ne volens ad tutelæ onus admittatur.*

COMMENTARIUS.

Milites armatæ militiæ ad instar minorum; ne volentes quidem ad tutelam aut curam gerendam admittuntur, *l. 4. C. qui dar. tut. l. 8. C. de legat.* ne videlicet propter privata negotia à numeris & signis avocentur: quam ob causam nec procuratores esse possunt, *l. 8. §. 1. de procur.* nec aliena prædia conducere, *l. milites 31. C. de loc. & cond.* Quatenus veterani, hoc est, qui militia honestè dimissi & sacramento soluti sunt, vacationem tutelarum habeant, copiosè disputatur, *l. 8. & 2. seqq. hoc tit.*

TEXTUS.

15. *Item Romæ grammatici, rhetores & medici, & qui in patria sua has artes exercent, & intra numerum sunt, à tutela & cura habent vacationem.*

COMMENTARIUS.

Studiorum liberalium professores, grammatici, sophistæ, rhetores, qui publicæ juventuti

tuti prosunt: item medici, quemadmodum à reliquis muneribus, ita & à tutela & cura vacationem habent, *l.6.§.1.hoc tit. & tit. C.de profess. & med. lib.* 10. Habent & Philosophi *d.l.6.§.5.* Musicos, quamvis eorum ars ingenua sit & liberalis, non habere tradit *Cuja. in d.l.6.§.1.* allegans *l.4.C.de excus.mun. lib.* 10. quo loco pro *Hydraulæ* videtur legisse *Musici.* Nec poëtæ habent, *l.3.C.de profess. & med.* licèt divini spiritus mereantur. Legum quoque doctores non habent, exceptis ijs, qui Romæ docent, *d.l.6.§.legum* 12. Cæterùm ex Constitutione Constantini omnes habent, *l.6.C.de profess. & med.*

Qui in patria sua] Professores & medici ita demum hac immunitate gaudent, si in patria sua doceant aut medeantur, non in aliena. Est autem duplex patria: una propria sive originalis: altera communis, quæ est Roma, *l. Roma* 33. *ad municip.* Quamobrem qui Romæ docent, etiamsi Romæ nati non sint, immunitatem habent, *l.9.de vac.mun.* sive salarii sint, sive non sint, *l.6.§. Romæ* 11. *hoc tit.* Atque hæc ex tribus una est conditio ad obtinendam immunitatem necessaria, *d.l.6.§.ampliùs* 9.

Intra numerum sunt] Conditio altera, non aliter enim hac immunitate fruuntur magistri studiorũ, quàm si probati decreto ordinis & numero constituto adscripti sint, *d.l.6.§.4.l.5.7.& 8.C.de profes.* Certus enim numerus eorum qui vacationem haberent, in unaquaque civitate lege definitus erat, *d.l.6.§.2.* præterquam philosophorum: διὰ τὸ σπανίους εἶναι τοὺς φιλοσοφοῦντας, *d.l.6.§.de philosophis,* quem numerum excedere non licebat, *d.l.6.§.3.* nisi quis propter excellentiam præstantiamque doctrinæ, ὁ ἄγαν ἐπιστήμων, immunitate supra numerum donaretur, *d.l.6.§.valdè.* Est & tertia conditio hîc omissa, ut benè & sedulò suo munere fungantur, seque adolescentibus utiles præbeant: alioqui denuò ab ordine reprobari possunt, *d.l.6.§.6.leg.2.l.8. C.de profess. l.11.§.3.de mun. & hon.* Colligunt hinc DD studiosos, qui gnaviter literis non incumbunt, etiamsi in catalogum relati sint, privilegijs scholarum gaudere non oportere; cessante scilicet ratione inductiva privilegiorum, secundùm *Aldobrand.num.19. Schneid.num.6. hic*, quanquam vix est, ut hoc obtinet: consule *VVames.cent.1.cons.20. Christin.vol.5.decis.36.& 49.num.14.& seq.*

TEXTUS.

16. *Qui autem vult se excusare, si plures habeat excusationes, & de quibusdam non probaverit, alijs uti intra tempora constituta non prohibetur. Qui autem excusare se volunt, non appellant, sed intra quinquaginta dies continuos, ex quo cognoverint se tutores vel curatores datos, se excusare debent, cujuscumque generis sint, id est, qualitercumque dati fuerint tutores, si intra centesimum lapidem sint ab eo loco, ubi tutores dati sunt. Si verò ultra centesimum lapidem habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum, & ampliùs triginta dierum: qui tamen ut Scævola dicebat, sic debent computari, ne minùs sint, quàm quinquaginta dies.*

NOTÆ.

16. QUALITERCUMQUE DATI] Sive à magistratu, sive testamento, sive lege, nam, & legitimos tutores se excusare posse constat, *l.3.§.8.D.de leg.tut. l.1.C.eod.l.9. C.qui dari tut.* & prius dixerat, cujuscumque generis.

CENTESIMUM LAPIDEM] Tralatitium est; lapidem pro milliario, sive mille passibus accipi.

COMMENTARIUS.

1. *Vtrùm post constitutionem D. Marci adhuc immediatè à dilatione tutelæ appellari potuerit.*
2. *Ex quo tempore 50. dies excusationis allegandæ constituti currere incipiant.*
3. *An causa excusationis per procuratorem agi possit.*
4. *Etiam tutores legitimos excusari.*
5. *Proponendæ & disceptandæ excusationis quæ forma apud nos observetur.*

Alijs uti non prohibetur] Ex Marciano *l.propter litem 21.§.11.eodem.* Est enim excusatio species quædam exceptionis: nemo autem prohibetur pluribus exceptionibus uti, *l.8 de exc.l.nemo 43.de reg.jur.* Sed an qui plures excusationes habet, eas omnes simul proponere & contestari debeat, quæritur & putat Gloss. hoc necesse non esse: sed verius est, omnes initio contestari oportere, ne alioqui tutor negotij trahendi causas novas posteà excogitet: & est textus in *l.scire oportet 13.§.scire autem 8.hoc titulo.* Omnibus autem propositis, vel unam probare sufficit ad victoriam.

Non appellant] Hoc enim D. Marcus effecit. Nam cùm anteà non minus à delatione tutelæ, quàm alterius muneris appellaretur, Marcus Antoninus tutelam à cæteris muneribus ita secrevit, ut

tutor datus non amplius rectà à datione provocaret: sed si quas se habere putaret justas excusationis causas, eas intra præstituta tempora proponeret, quas si judex rejeciſſet, tum demum licentiam appellandi haberet: qui verò ad alia munera vocarentur, illi non aliter quàm olim, hoc est, quàm appellatione interpoſita, allegare poſſint causas immunitatis suæ, *l.1.§.1.& 2. quand. appell.* 1 Igitur si qui sunt loci, in quibus tutores dati provocaſſe proponuntur, ut in *l.4. hoc tit. l. tutores 39.§. tutor 6. de adm. tut. l. 2. & pen. de tut. & cur. dat. l. 17.§.1. de appel.* illi non sic accipiendi sunt, quasi ab ipsa creatione ἀμέσως appellaſſent, sed à rejectione excusationis intra præstitutum tempus allegaræ. Neque obstat quod Modestinus scribit in *l.16. hoc tit.* tutores etiam citra appellationē se excusare poſſe: aut quod idem Modestin. *l. 13. eod. & impp. l tutores 18. C eod.* tutores datos non necesse habere appellationem interponere, quasi, si velint, adhuc provocare poſſint. Nam huiusmodi collectiones ut semper neceſſariæ non sunt, ita hæc minimè hoc loco admittenda. Tutores necesse non habent appellare; ergo, si velint, poſſunt. Neceſſe enim non habent, ut olim ante constitutionem D. Marci: nunc ne poſſunt quidem, & frustra ante propoſitam & repulſam excusationis causam appellant. *d.l.1.§.1. quand. app.* qui locus tam clarus est, distinguens hac in parte tutelam de alijs muneribus publicis, ad quæ vocatus contra privilegium illicò appellat, ut ex eo alij loci omnes sint declarandi. Atque hoc jure utimur, *D. Tulden. hic cap. 12. & ad tit. C. eodem Chriſtin. vol. 3. dec. 171. num. 12. Perez. in C. hoc tit. num. 16. Grot. 1. manud c. 7.* Est verò hoc argumentum, nihil hic tutorum causa constitutum esse. Convenientius fortaſſe visum est atque æquius, ut qui tutorem dediſſent, ipsi prius de causa excusationis summatim cognoscerent, eamq; vel acciperent, vel repudiarent, cum nihil eorum interſit, tutórne ille fit, an alius, quam ut statim quasi rejecta causa excusationis, quam nunquam audiverunt, superior provocaretur. In tutoribus testamentarijs & legitimis etiam hoc absurdum videtur. At in delatione alius muneris, putà si ab ordine aut duūviris aliquis decurio aut scriba nominatus sit, quia eorum, qui nominaverunt, interest nominatum munus sibi delatum suscipere, ipsi quodammodo pars sunt, & in sua causa judices constituerentur, si excusationes apud eos allegandæ & probandæ forent, quod hic notat Io. Fab.

Intra quinquaginta dies continuos] Proponendæ & contestandæ excusationi 50. dies continui constituti sunt, *leg. 13.§.1. & seq. hoc tit. D.* peragendo negotio continui quatuor menses, *l. quinquaginta 38. eod.* Dicuntur dies continui, qui continuò, id est, συνεχῶς, continenter, & sine interruptione, nulliſque exemptis currunt, ad discrimen utilium, è quibus subducuntur omnes dies, quibus experiundi juris sui potestas non est, *l.2. de div. & temp. præſ.* de quo fortaſſis alibi plura.

Ex quo cognoverint] Quinquaginta dies excusationibus profitendis constituti tutoribus & curatoribus non cedunt ex quo dati sunt, sed ex quo cognoverint se tutores aut curatores datos esse, *d. leg. 13.§ quinquaginta leg. 6. C. Eodem, l. 3. de verb. ſignif.* Atque ex eo tempore si ceſſent, suo periculo ceſſant, *l.1.§.1. de adm. tut.* ut tamen ijs agnoscatur, qui valetudine aut vi tempestatis, aliáve simili causa impediti constituto tempore non venerint, *d.l.13.§. ſi enim.* Porrò nec anteà quàm à die cognitionis cedere existimo quatuor illos menses disceptando & finiendo excusationis negotio constitutos; ne alioqui contingat, ut prius finiatur tempus excusationis, quàm incipiat, quod perquam esset absurdum. Nec est contrarium quod Paulus in *d.l.38.* menses illos ex die numerationis numerat: nam Paulo eo loco idem dies est nominationis & cognitionis: quippe qui solùm excludere vult tempus, quo allegata sit excusatio: quasi dicat, quatuor illos menses non currere à die propoſitæ excusationis, quod videri poterat, sed à die nominationis, cognitæ scilicet, non factæ, Ant. Fab. 1. *juriſp. hoc tit. pr. 1. illat. 7.* 2

Se excuſare debent] Non solum venire tutor & adire judicem intra 50. dies decet, sed neceſſe est ut intra id tempus se excuſet, id est, causam excusationis speciatim alleget & contestetur, quam etsi fortè mox non perſequatur, nihilo tamen magis ei obstabit præscriptio 50. dierum, cùm ad negotium peragendum ei adhuc supersint 50. dies: nisi ἀφοσιώσεως χάριν, hoc est, defunctoriè, perfunctoriè, aut ut Contius vertit, dicis causa, adierit, ut desisteret statim, & adversarium traheret, *d.l.13.§. ἀπεχθῆ 6.* Contestanda autem est excusatio vel in jure ad tribunal prætoris, vel apud acta, vel χαμόθεν, id est, *de plano*, per libellum, *d.l.33.§. χρὴ δὲ μέν, 10.* Nam etsi tutor per libelli oblationem & subscriptionem non excusatur: *l. excuſare 25. eod.* eo quòd excusatio pro tribunali disceptanda & excutienda est, quia opus est decreto: per *leg. 9.§.1. de off. proc. l. omnia 71. de reg. jur.* tamen ad submovendam præscriptionem contestatio vel per libellum facta sufficit. Illud non satis expeditum est, an & absens tutor excusari poſſit. Negat Accurſ quem sequuntur *Pet. Fab. ad. l. nemo 70. de reg. jur. & Ant. Fab. d. illat. 7.* itemque *Bachov. in Treutl. vol. 2. diſp. 9 th. 1. lit. B.* Mihi contraria sententia, quæ Cujacij est, verior videtur, per textum, *l. tutor 19. C. de admin. tut.* Neque video 3

quid

quid obstet, quominus causa excusationis per procuratorem agatur. Oppositа sunt *per libellum & pro tribunali*: non *per libellum* & *in præsentia*, nam & præsens libellum offerre potest.

Cujuscumque generis sint, i. qualitercumque dati] Sive igitur testamento dati sint, sive à magistratu, sive à lege ad tutelam vocati: nam & legitimos
4 tutores excusari verius est, l. 5. §. *quari de leg. tut. l. si pupillum* 20. *hoc tit. l. 1. C. de leg. tut. l. si sororis C. qui dar. tut. arg. l. 2. §. 5. hoc tit.* quibus locis eorum sententia manifestè refellitur, qui putant, legitimos tutores se excusare non posse, nisi & removeri possint, aut ad tempus duntaxat: quo in numero sunt *Hotom. & Giphan. hic Cujac. ad d. l. 13.*

Intra centesimum lapidem] Ad professionem excusationis 50. dies dantur, si is, qui tutor datus est, sit in eadem civitate vel intra centesimum lapidem; si ultra sit, ad veniendum dantur singuli dies in singula 20 millia, & præterea 30. dies, ita ut computatis itineris diebus, & illis triginta, tutor non pauciores habeat, quàm quinquaginta, quod latius prosequitur Modestin. *d. l. 13. §. 1. & seqq.* Obiter addo, lapidem pro milliario sive mille passibus accipi; quæ appellatio inde manavit, quod singula milliaria positis singulis lapidibus, sive columnis lapideis spatiorũ signa inscripta habentibus Tib. Gracchus, auctore Plutarcho, distinxerat. Initium autem & finem omnes viæ Italiæ capiebant ab aurata illa columna, quæ Romæ in capite fori ad ædem Saturni posita erat, nimirum ab aureo illo urbis milliario
5 monumentis veterum tantopere nobilitato. In hisce regionibus proponendæ & disceptandæ excusationis hæc ferè forma servatur, ut si quis tutelam sibi delatam suscipere detrectet, is intra tres septimanas, ex quo cognoverit se tutorem datum esse, competentes magistratus solito sessionum die adeat, ibique causas excusationis alleget probetque: quibus auditis & cognitis sine mora negotium peragitur: &, si justæ ac solidæ videantur, excusato recusante, alius in locum eius sufficitur: sin minus, reiecta excusatione tutori nominato onus tutelæ sententiâ magistratus imponitur: à qua sententia, si iniqua tutori videbitur, provocare ei licet: sed interim alius ei & periculo eius, si tandem succumbat substituitur, vid. *art. 19. & 20. statut. Rhijnland. Grot 1. manud. 7.* De forma compellendi tutores ad tutelam capessendam dictum est sub §. 1. *sup. de Attil. tut.*

TEXTUS.

17. *Datus autem tutor ad universum patrimonium datus esse creditur.*

COMMENTARIUS.

Arbitror cum D. Hotomanno & Wesemb. §. hunc mutilum esse, & decerptum ex Marciano, *l. propter litem* 21. §. 1. *hoc tit.* Hoc autem indicare velle Justinianum, tutorem, qui pro parte bonorum se excusat, audiendum non esse: quippe qui non parti bonorum, sed universo patrimonio datus intelligatur: cuius regulæ exceptio traditur *d. l.* 21 nisi se excuset, ne ultra centesimum lapidem in aliena provincia tutelam gerat.

TEXTUS.

18. *Qui tutelam alicujus gessit, invitus curator ejusdem fieri non compellitur: in tantum, ut licet paterfamilias, qui testamento tutorem dedit, adjecerit, se eundem curatorem dare, tamen invitum eum curam suscipere non cogendum, divi Severus & Antoninus rescripserunt.*

NOTÆ.

Quæ præcedunt causæ excusationem, tutelæ cum curatione communes sunt, sequuntur duæ propriæ curationis: quarum una proponitur hoc §. altera §. seq.

Curator ejusdem fieri non compellitur] Romanis ad excusationem curationis adulti satis visum est ejusdem pupilli tutelam gessisse, *l. curator* 20. *C. eod.* quasi nimis durum sit gemino unius personæ onere premi: quod tamen jus apud nos & in aliis plerisque locis desuetudine abrogatum esse monuimus suprà sub *tit. quib. mod. tut. fin. & de curat.*

Adjecerit, se eundem curatorem dari] Licet aliàs curator testamento datus à prætore confirmari solet, *sup. de curat. §. 1.* Excipiunt veteres ob beneficium libertatis acceptæ libertum, quem patronus liberis suis tutorem & curatorem dedit, *l. 1. C. eod.* nisi de sua pecunia emptus & manumissus sit, aut ex fideicommisso libertatem acceperit: nam in huiusmodi libertos nihil juris patronus consequitur, excepto quod sine venia in jus ab iis vocari non debeat, *l. 14. §. 3. l. nequaquam* 24. *hoc tit.*

TEXTUS.

19. *Idem rescriptum, maritum uxori*

sua

suæ curatorem datum excusare se posse, licet se immiscеat.

NOTÆ.

19. MARITUM UXORI SUÆ] Maritus uxori suæ Curator dari non potest, ne furiosæ quidem, ne cohibeatur ratio administrationis, *l.2.C.qui dar. tut.l.4.C.hoc tit.l.14.D.de cur.fur.*

SE IMMISCEAT] quamquam regulariter qui se miscuit administrationi non excusatur, *l.17.§.5.D. h.t.l.2.C.si tut.falsi.all.*

COMMENTARIUS.

1. *Quarum rerum uxoris maritus curator esse prohibeatur.*
2. *Iurisconsultos verba excusandi sæpè abuti.*
3. *Quæ hodiernis moribus mariti in bona uxoris potestas.*

ALtera causa excusationis, propria curationis in marito, uxori suæ, putà minori 25. annis, aut mente captæ curatore dato. Ait, *curatorem datum.* At quorum bonorum? nam dotis etiam dominus iure civili maritus est, *tpf. quib. alien. lic. l. doc. C. de rei vind.* Si de jure veteri quæritur, non est dubitandum, quin omnium quæ extra dotem mulier habet, quæ Græcis παράφερνα dicuntur, licet expressè usum earum rerum sibi non receperit ac reservarit. Hoc enim & causæ prohibendi convenit, quam mox asseremus, & sententiæ veterum constitutionum indistinctè loquentium, *l.2.C. qui dar.tut.l.4.l. licet 17. C.hoc tit.l.3. C.de interd. matr.* Potuit sanè mulier, quæ perfectæ ætatis esset, marito rerum omnium, quas extra dotem haberet, administrationem committere, *arg.l.8.C.de pact.conv. l.maritus C.de procur.l pœn.ad leg.Falc.* Sed quæritur de uxore minore 25. annis, aut mente capta, quæ parapherna habeat. Huic, inquam, maritus eorum bonorum curator dari indistinctè jure veteri prohibetur, non receptitiorum duntaxat, ut malè Mynsi. Hotom. Wesemb. nam ex novis demum constitutionibus est, quod marito paraphernorum, quæ uxor specialiter non excepit, administratio permittitur, *leg.8.l.ult. C.de pact.conv.* quod hic annotare neglexit Tribonianus.

Excusare se posse] Sæpè nostri verbo excusandi abutuntur, eosque etiam excusari aiunt, qui tutores aut curatores esse non possunt: ut cum dicunt, inimicitias capitales præstare excusationem, δίδοναι ἄφεσιν ἐπιτροπῆς, *§. inimicitiæ sup. l.6.§.* δίδωσιν *17. eod.* patrui cum pupillo de hæreditate contendentis excusationem recipiendam, *l.si pupillum 20. eod.* luminibus captum, mutum, surdum, furiosum excusationem habere, *l.un.C.qui morb.* quos omnes tamen certum est tutelam gerere non posse, *l.3.§.si tutor 12.de susp.tut.l. licet 17. C.hoc tit.* cujus eadem effectu species est cum ea, quæ hic proponitur: nihil enim refert, uxori maritus, an socer nurui curator detur. Hoc autem loco Justinianum verbo excusandi abusum esse constat ex *l. 2. C.qui dat. tut. item* ex *l.14.de cur.fur.* quæ apertè negant maritum uxori curatorem creari posse. Quæ ideò moneo, ne quis putet in arbitrio mariti positum esse, aut se excusare, aut omissa excusatione curam uxoris suscipere: & in universum ne quis credat certum esse argumentum tutoris jure dati, quod excusationem habere dicatur. In tantum autem maritus prohibetur uxori suæ curator constitui, ut si constitutus prudens se immiscеat, infamiæ labem contrahat, sicut & illi infames fiunt, qui contra Senatusconsultū pupillam vel adultam sibi matrimonio jungunt: eadem enim utriusque prohibitionis ratio est, ne scilicet fraus administrationis tegatur, dum uxor vel propter blanditias mariti nolet, vel propter metum ejus non audebit ab eo exigere rationes, *l.4.l. licet 17. C. hoc tit. junct. l.5.l.7.C.de interd.matr.l.libertum 64.§.1. de rit.nupt.* Dubito autem cum Bachovio, an hæc posterioribus constitutionibus consentanea sint.

Licet se immiscеat] Qui excusare se potest, is si neglecta excusatione se miscuerit administrationi, postea se excusare volens non auditur, quasi juri suo tacitè renuntiaverit, *l.non tantùm 17.§.5. sanè hoc tit. l.2.C.si tut.falsi.alleg.* Sed hoc locum habet in iis, qui tutores aut curatores rectè dati sunt, quorum etiam propria est excusatio: nam qui tutores aut curatores esse non possunt; etiamsi se immiscuerint, excusantur aut removentur, *l.6.pupillum 10. hoc.tit.§.item major.sup.eod.* Atque hæc quidem jure Romanorum ita se habent. Cæterùm moribus nostris uxor est in curatione & potestate mariti: potestque maritus bona uxoris, etiam ea, quæ extra communionem retinuit, non solùm administrare, sed alienare quoque aut obligare etiam sine uxoris consensu, nisi pactis antenuptialibus expressè aliter cautum fuerit, *D.Neostad.obs.rer.jud.9.in not.Grot.1. manud.5.* eademque ferè & apud cæteros Europæ populos mariti in uxorem hodie potestas est, ut ex *VVesemb.Chassan.& Covar. refert Gudelin. lib.1.de jur. nov.c.8. & D. Tulden. ad tit.de curat.§.1.sup.* Apud Frisios administratio marito permissa, alienatio sine consensu mulieris non item, *Sande lib.2 tit.4. def.2.*

TEX-

TEXTUS.

20. *Si quis autem falsis allegationibus excusationem tutelæ meruerit, non est liberatus onere tutelæ.*

NOTÆ.

20. FALSIS ALLEGATIONIBUS] Ubi adde, ex eo tempore, quo datus est Tutelæ obligatū esse.

COMMENTARIUS.

DEcretum, quo tutor, falsis allegationibus usus, absolutus est, ipso jure nullum est, neque eum periculo tutelæ eximit, *l. 1. l. ult. C. si ut. fals. alleg.* quod favore pupillorum ita constitutum esse credendum est. Nam regulariter sententia ex falsis allegationibus lata ipso jure non est nulla: sed adversus eam, si provocatum non sit, petenda est restitutio, *arg. l. Divus 33. de re jud. & tot tit. C. si ex fals. instrum.*

TITULUS XXVI.

De suspectis tutoribus vel curatoribus

Continuatio, & summa tituli.

EX tribus quæ ad tutores & curatores communiter attinentia Justinianus tractanda suscepit, duo exposita sunt, satisdatio, & excusatio. Superest tertium & ultimum, suspecti tutoris vel curatoris accusatio & remotio; quod hoc postremo hujus libri titulo nunc explicat. Ostendit autem strictim, unde ea accusatio descendat, qui apud quos & à quibus accusari possint: inde, qui sint suspecti, & quibus ex factis tales arguantur, & removeri debeant, docet; ac promiscuè, quæ hujus accusationis remotionisque sit vis atque potestas.

TEXTUS.

Sciendum est, suspecti crimen ex lege duodecim tabularum descendere.

COMMENTARIUS.

SUspecti crimen ex lege duodecim tabb.] Ex Ulp. *l. 1. §. 2. hoc tit.* Eoque pertinere creditur, quod Cicero scribit 3. *de offic. dolum malum etiam legibus fuisse vindicatum, ut tutelam duodecim tabb.* Crimen autem hoc loco & apud Ulp. pro criminatione sive accusatione poni certum est: neque insolens est ista hujus verbi significatio; sic enim accipitur in *l. 7. de accus. l. 5. de calum. l. propter 21. de senat.* Silan & apud Cicer. *pro Rosc. Amerin. Tria sunt*, inquit, *quæ tum existimare possum, quæ obstant hoc tempore Sexto Roscio, crimen adversariorum & audacia & patientia.* Quamobrem licet Theoph. rectè verterit κατηγορίαν, causa tamen non erat, cur interpretem eius Curtium, novumque utriusque παραφράστου editorem Gothofredum carperet Bachov. quod in Latina versione *crimen* retinuerint.

TEXTUS.

1. *Datum autem est jus removendi tutores suspectos, Romæ prætori, & in provincijs præsidibus earum, & legato proconsulis.*

NOTÆ.

1. LEGATO PROCONSULIS] Jus removendi suspectos tutores magistratibus competit vi suæ Jurisdictionis, & ideo ea mandata sive in specie, sive in genere, transit in eum cui mandata est, *l. 1. §. 3. & 4. hoc tit.* ergo etsi præses mandaverit, quod malè negat Cujac. *l. 1. §. 11. D. ad sen. Turp.* nam ibi non excluditur, qui mandatam jurisdictionem habet, sed magistratus municipiorum.

COMMENTARIUS.

1. *Etiam apud eum, cui mandata est jurisdictio, suspectum postulari posse.*

Datum est] Hoc non ita accipiendum est, quasi jus de suspectis tutoribus cognoscendi, eosq; removendi speciali aliqua lege aut senatusconsulto prætoribus aut præsidibus datum sit: quemadmodum cùm diximus jus dandi tutores alicui datum esse, hoc sic accipimus, datum esse nominatim vel à Principe, vel lege, vel senatu, *l. 1. l. 3. de tut. & cur. dat. l. 6. §. 2. de tut.* sed jus hoc removendi tutores prætoribus & præsidibus more concedi propter vim imperij, hoc est, iis competere vi & potestate magistratus sui sine jurisdictionis, ut de judicis dãdi licentia, quam iidem magistratus habent, scriptum est in *l. cum prætor 12. §. 1. de jud.* Etenim longè alia ratio est tutoris dandi, alia removendi. Datio tutoris jurisdictionis non est, qua de causa nec mãdari potest, *d. l. 6. § 2. l. nec mandante de tut. & cur. dat.* Cognitio de suspectis, & remotio jurisdictionis est, eaque sive in specie, sive in genere mandata in eum cui mandata est, transit, *l. 4. in pr. de off. eius cui mand. l. 1. §. 4. hoc tit.* Rursus jus dandi tutoris etiam magistratibus municipalibus certa lege concessum est, *l. 3. de tut. & cur. dat. § 4. & 5. sup. de Attil. tut.* At de suspecto cognoscere soli possunt magistratus maiores, *l. 1. §. suspecti 11. ad senat. Turpil.*

Legato proconsulis] Legato quoque proconsulis

de suspecto cognoscendi ius est, nam ut specialiter ei concessum, sicut tutoris datio oratione D. Marci, *l.* 1. §. 1. *de tut. dat.* sed tanquam consequens jurisdictionis à proconsule mandatæ, *l.* 1. §. 4. *hoc tit. l.* 4. *de off. ejus cui mand. est jurisd.* in qua lege quod Macer adiicit, *propter utilitatem pupillorum*; non sic accipiendum est, quasi utilitas pupillorum contra juris rationem hanc sententiam extorserit: sed hoc hic cum ratione illa generali, ex qua mandata jurisdictione totum officium juris dicendi transit, etiam concurrat ex accidenti pupillorum utilitas; quorum scilicet interest, ut plures de suspecto cognoscere possint, ne diutius perfidus tutor in patrimonio pupilli grassetur. Pari ratione & si prætor mandaverit jurisdictionem, poterit apud eum, cui mandata est, suspectus postulari, *d. l.* 1. §. 4. *vers. ergo.* Idemque omnibus dicendum, si præses mandaverit. Nec est contrarium, quod apud Marcianum *l.* 1. §. *suspecti* 11. *ad sen. Turp.* legimus, suspecti tutoris acculationem pro tribunali tantùm examinari posse, & nullum alium de huiusmodi quæstione, quàm præsidem, posse pronuntiare. Nam cognoscente & pronuntiante eo, cui mandata est jurisdictio, ipse cui mandavit, cognoscere, & pronuntiare intelligitur, & ille hujus vice, non sua, fungi, *l.* 1. §. . *l.* 3. *de off. ejus cui mand. l. solet* 16. *de jurisd. l.* 1. §. 1. *quis à quo app.* Solùm excludere voluit Marcianus magistratus inferiores in municipiis & civitatibus, qui pro tribunali, ubi hæc quæstio disceptanda, non cognoscunt, licet jurisdictionem aliquam habeant. Sin in *l. ubicumque* 105. *de reg. jur.* quæ etiam ad propositam speciem pertinet, cùm prætor desiderari dicitur, ubicumque causæ cognitio necessaria est, non excluditur is cui à prætore jurisdictio mandata est, sed duumviri sive magistratus municipales, quibus ea quæ majoris cuiusdam potestatis sunt, facere non licet, *l. ea quæ* 26. *ad municip. junct. l.* 1. & 4. *de damn. inf.* Hodie etiam nostri magistratus municipales, quos Scabinos appellamus, de suspectis tutoribus cognoscendi, eosque removendi ius habent.

TEXTUS.

2. *Ostendimus, qui possint de suspecto cognoscere: nunc videamus, qui suspecti fieri possint. Et possunt quidem omnes tutores fieri suspecti, sive sint testamentarij, sive non sint, sed alterius generis tutores. Quare etsi legitimus fuerit tutor: accusari poterit. Quid si patronus? Adhuc idem erit dicendum: dummodo meminerimus, famæ patroni parcendum esse, licet suspectus remotus fuerit.*

COMMENTARIUS.

Possunt quidem omnes tutores] Item omnes curatores, sive adolescentis, sive furiosi aut prodigi curam gerant, *l.* 3. §. 2. *eod.* sed & curator ventri datus suspectus postulari potest, *d. l.* 3. §. 3. Locus hic descriptus est ex *l.* 1. §. *ostendimus eod.*

Quare etsi legitimus] Indicare videtur, faciliùs tutores testamentarios & dativos ut suspectos accusari & removeri posse, quàm legitimos, eósve, qui vinculo necessitudinis aut affinitatis pupillo coniuncti sunt: quibus potiùs curator adiungendus est, quàm ut notata fide atque existimatione removeantur, *l. si tutor* 9. *eod. D.*

Famæ patroni parcendum] Quod de patrono hic dicitur, idem vel magis ad parentem pertinet: & fortassis ne postulari quidem suspectus parens potuit, sed simpliciter curator adiungendus fuit. Illud constat, liberto & filio semper honestam & sanctam personam patris & patroni videri debere, *l. liberto de obs. par. & patron.* Atque hinc esse, quòd nullæ actiones famosæ, ac ne illæ quidem, quæ fraudis vel doli ullam mentionem habent, adversus parentes patronósve institui possint: sed ex quibus causis actio in alios famosa datur, ex iisdem adversus illos in factum detur omissa doli mentione, *l. non debet, de dol. l.* 2. *l.* 5. §. 1 *d. tit. l.* 1. §. *interdictum* 43 *de vi & de vi arm.* quod in proposito proclive est, eò quòd hæc actio natura sua famosa non sit, *vid. l.* 3. §. *ult. cum l. seq. & l.* 9. *hoc tit.*

TEXTUS.

3. *Consequens est, ut videamus, qui possint suspectos postulare. Et sciendum est, quasi publicam esse hanc accusationem, hoc est, omnibus patere. Quinimò mulieres admittuntur ex rescripto Divorum Severi & Antonini: sed hæ solæ, quæ pietatis necessitudine ductæ, ad hoc procedunt: ut puta mater: nutrix quoque & avia: potest & soror. Sed & si qua alia mulier fuerit, quam prætor propensa pietate intellexerit, sexus verecundiam non egredientem, sed pietate productam, non sustinere injuriam pupillorum, admittet eam ad accusationem.*

NOTA

NOTÆ.

3. QUINIMÒ MULIERES] In tantum pupillorum gratia à consuetudine judiciorum recessum est.

PIETATIS NECESSITUDINE] Apud Ulp. *l.* 11. §. 7. unde hæc sumpta, legitur *pietate necessitudinis.*

COMMENTARIUS.

DEscripta hæc sunt ex Ulpiano, *l.* 1. §. *consequens hoc tit.* Ait, *quasi publicam*, quę nota est impropriętatis. Revera enim hæc accusatio publica non est. Nam sive finem ejus spectes, non persequitur iniuriam reipub. illatam, sed pupillo: sive formam & exercitionem, non extra ordinem à præfecto urbis aut præsidibus de hoc crimine quæritur, ut de criminibus publicis, *l. ordo de publ. jud. l.* 1. §. *ult. de pœn.* sed ut de re pecuniaria in privatis judiciis à prætore vel præsidibus, iisve, quibus ab his mandata est jurisdictio, *arg. l. ult. priv. del.* Ad hæc qui publico judicio aliquem reum facit, is subscribere in crimen, quod intendit, debet, *l.* 3. §. 1. *de accus.* & desistens ab accusatione incidit in senatusconsultum Turpilianum: quorum neutrum est in postulatione suspecti, *d. l. ult. de priv. del. l.* 1. §. *suspecti* 11. *ad Turpil.* Cur igitur hæc accusatio dicitur publica? nimirum quia publicæ similis est in eo, quod omnibus patet: quod publicarum proprium est, §. 1. *inf de pub. jud.* Cui addi & alterum potest, quia & nullo accusante ipse magistratus ex officio manifestè suspectum repellere potest, *d. l.* 3. § *prætereà, hoc tit. junct. l.* 13. *de off. præs. l.* 1, *in pr. C. de cust. reor. Christin. vol.* 3. *decis.* 157. *num.* 1.

Mulieres admittuntur] Contra morem iudiciorum. Et notandum est, quòd ad hanc accusationē admittantur non eæ tantùm mulieres, quæ pupillo necessitudinis aliquo vinculo junguntur; verùm etiam quævis aliæ, quas modò commendet pietas & verecundia: ut intelligamus, majorem esse suspecti tutoris accusandi licentiam, quàm criminis publici judicij intentandi: quippe cùm mulieri permissum non sit publico judicio quemquam reum facere, præterquam si suam aut suorum iniuriam persequatur, *l.* 1. *& l.* 2. *de accus. l. crimine, C. qui accusar. non poss.* In tantum pupillorum gratia à consuetudine judiciorum devexum est. Athenis quoque publica erat hæc actio. *Iul. Poll.* 8. *c.* 6 quod ex Platonis lege descendit, *lib.* 11. *de legib.* Usus autem non servat, *vid Groenew. de ll. abrog. ad tit. ff. de pop. act.*

TEXTUS.

4. *Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare: puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere: & ita Divi Severus & Antoninus rescripserunt.*

COMMENTARIUS.

HÆc eadem traduntur in *l.* 7. *hoc tit. l.* 6. *C. eod.* Ait, *impuberes non possunt*, &c. In postulandis suspectis tutoribus principaliter perpendendum est, an quid segniter aut fraudulenter geraut, *l.* 5. *C. eod.* in quo cùm animi judicio opus sit, mirum non est, impuberes ad hanc accusationem non admitti, ut culpent mores tutoris sui, à quo ipsi regi debent. Sufficit, hanc accusationem omnibus patere, ipsumque adeò prætorem per se tutorem repellere posse, *l.* 3. § *1. in fin. &* §. *prætereà* 4. *eod.*

Puberes autem curatores suos] In rebus, quæ privati judicij quæstionem habent, sicut pupillus auctore tutore, ita & adultus curatore consentiente litem & intendere & excipere debet, *l.* 2. *C. qui leg. pers.* Publica accusatio pupillis omninò non patet, *l.* 8. *de accus.* nisi quod eis speciatim concessum est, ut de consilio tutorum mortem patris exequantur, *l.* 2 §. 1. *de tit.* Puberes verò etsi & ipsi regulariter publico judicio accusare non possunt, *l.* 4. *C. de auct. præst.* possunt tamen curatore auctore, si suam suorúmve injuriam persequantur, *l. si maritus* 15. §. *lex Iulia* 6. *ad leg. Iul. de adult. l.* 7. *C. eod. l.* 11. *de accus. Gloss. in d. l.* 4. *C. de auct. præst.* Quaptopter si in hoc quoque accusationem suspecti similem esse volumus accusationi publicæ, videri poterit, nihil esse in proposito speciale, quia suam injuriam minor persequitur, qui curatorem suum suspectum facit.

Ex consilio necessariorum] Quorum in ea re præscriptum minor sequetur: quod si illi nolint in accusationem consentire, judicis à minore aditi officium erit, videre ne quid detrimenti minor capiat, arg. *l. si cùm dotem* 22. § *nec non* 6. *& ibi Bart. solut. matr. Cantiuncula & Mynsing. hic.*

TEXTUS.

5. *Suspectus autem est, qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo sit, ut Julianus quoque scripsit. Sed & anteà quàm incipiat tutelam gerere tutor, posse eum quasi*

suspectum removeri, idem Iulianus scripsit: secundùm eum constitutum est.

COMMENTARIUS.

HOc §. in genere docet Imp. quis sit suspectus, & unde talis esse deprehendatur. Ait, suspectum esse, qui non ex fide tutelam gerit: quod sic accipiemus, non tantùm si fraudulenter & callidè in rebus pupilli versetur, sive quæstus aut commodi causa res administret: sed etiam si negligenter aut segniter, neque ea integritate ac sollicitudine, qua oportet, *l.1.§.ult.hoc tit.l.5.C.eod.* Nec tutori quicquam prodest quòd solvendo sit, quòd satisdederit, vel nunc offerat: non enim ex patrimonio principaliter, sed ex moribus suspectus æstimandus est, *l.5.l.6.eod.d.l.5.C.eod.§.ult.inf.eod.* & pupillo semper utilius est, sic ei prospici, ut ab initio nullum damnum sentiat, quàm ut posteà laboret de consequenda indemnitate, *arg.l.ult.C.in quib.ca.in int. rest.non est nec.* quod Papinianus noster sic expressit, *Expedit pupillo rem suam salvam habere, quàm tabulas rem salvam fore cautionis, d.l.5. eod.*

Anteà quàm tutelam gerere incipiat] Putà si vel satisdare nolit, *l.1.l.3.C.de tut.qui sat.non ded.* vel contumax sit, *l.3.C.hoc tit.* vel si ob ignaviam aut negligentiam non gesserit, aut dolo fecerit, quominus gereret, *l.4.§.ult.eod.* & generaliter si qua justa causa sit ob quam videatur rejiciendus, *arg. l.3.§.si tutor.12.eod.*

TEXTUS.

6. Suspectus autem remotus, siquidem ob dolum, famosus est: si ob culpam, non æquè.

NOTÆ.

6. OB DOLUM FAMOSUS] *l.1.D.de his qui not.infam.* Debet autem decreto causa significari: aliàs integra existimatione tutela abibit, *l.4.§.1.& 2. D.hoc tit.*

OB CULPAM NON ÆQUE] Hoc est, segnitiem, inertiam, negligentiam, ineptiam, rusticitatem, *l.3.§.ult.eod.* Th. διὰ ῥᾳθυμίαν, Quid si tutoris lata negligentia arguatur? non videtur salva existimatione abire; quia ista propè fraudem accedit, *l.7.§.1.eod.* in doli crimen cadit, *l.1.§.5.D.de obl.& act. l.31.D.depos.*

COMMENTARIUS.

1. *Culpæ nomen & genera esse & species.*
2. *Genera culpæ obiter distincta atque exposita.*
3. *Ob latam culpam remotus an famosus fiat, & quid moribus nostris.*

ACcusationis finis est remotio. Cæterùm pro qualitate causæ & admissi, alij simpliciter removentur, alij cum nota infamiæ, alij etiam aliter & nonnunquam gravius puniuntur. Qui salva aut notata existimatione removeantur, ostenditur hoc §. propriæ pœnæ adversus quos constitutæ sint, *§. si quis tutor.9.& 2.seq.inf.eod.*

Siquidem ob dolum] Ait remotum ob dolum famosum esse, ob culpam non æquè. Dolus est quævis calliditas & machinatio ad alium circumveniendum adhibita, *l.1.§.2.de dol.* Culpa est omne factum, quo nocetur, alteri injuria, sed ἀπροαιρέτως, id est, sine animo & proposito fraudandi. Etsi enim culpa generali significatione etiam dolum continet: Cic. *1.de offic. Cavendum ne major pœna sit, quàm culpa*, & in *l. Aquilia* constat culpæ nomine etiam dolum venire: *l.5.§.1. junct.l.30.§.pen.ad leg. Aquil.* in specie tamen accepta à dolo distinguitur, ut famam inconsultum à consulto & malitioso. Genera culpæ tria in jure nostro memorantur, lata, levis, levissima. Lata culpa est, non providere, curare, cavere, quod omnes, qui modò sensu communi prædìti sunt, provident, & intelligunt se curare debere, *l.cedere diem 213.§.ult.l.lata 223.de verb.sign. l.quod Nerva 32.depos. l.pen.§.2.de jur.& fact.ign.* Atque hæc plerumque περιφερόμενα dicitur culpa dolo proxima, *l.8.§.3.de precar.l.8.pr.de edend.l.1.§. 2.si is qui test.lib.* Levis est omissio diligentiæ, quam vulgò homines frugi in suis rebus adhibere solent; *l.hæredes 25.§.non tantùm 16. fam. ercisc.l.1.de tut.& rat.distr.l.1.§.4.de obl.& act.* Levissima est omissio eius diligentiæ, quam in suis rebus præstare solet diligentissimus paterfamil. & ferè per oppositum indicatur, cùm diligentia præstari dicitur simpliciter, *l.5.§.2.commod.l.23.de reg.jur.* quod loco magis opportuno latiùs explicabitur. Culpæ autem nomine non intelligit hìc imperator culpam latam, sed leviorem: siquidem lata culpa, præterquam in crimine corporalem pœnam ingerente, *l.7.ad leg. Corn.de sicar.* semper dolum interpretatione juris repræsentat, *leg. magna 226.de verb.signif.d.l. quod Nerva depos.l.1.§.1 si mens.falsi.mod.l.8.§.3.de prec.l.1. §.is quoque 5. de obl. & act.* etiam in famosis, *l.11. §.ult.de his qui notant infam. leg. probrum 42.in fin. de verb. signif.* adeoque etiam in actione pœnali, *l.1.§.2. si is qui test.lib.* Unde etsi dolus tantùm præstari dicitur, tamen ea appellatione etiam culpa lata intelligitur, *l.contractus 23. de reg.jur.l.5. §.2.commod.§.pen.inf.quib.mod. re cont. obl.* Nec movere debet, quòd verbum culpæ hic simpliciter & sine distinctione dolo opponitur: quotiescumque

cumque enim hoc fit, aut quoties culpæ verbum absolutè ponitur, toties in usu juris significatur, levis duntaxat, *d. l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 11. de neg. gest. l. 5. §. 3. de in lit. jur. l. 1. §. sapè 35. de pos. cum similib.* Fruſtrà igitur objicitur, quod in dubiis benigniora præferenda, *l. semper 56. de reg. jur.* quod pœnæ legum interpretatione molliendæ, *l. pen. de pœn. odia restringenda, C. ordin. & de reg. jur. in 6.* Nam cùm de ſententia auctorum juris quæritur, uſus præcipuè ſpectandus eſt, *l. 7. §. 2. de ſup. leg.* De uſu autem verbi hic quæritur, non de eo producendo per interpretationem. Quòd verò famæ & exiſtimationis periculum exæquant cum periculo vitæ, ineptum eſſe apparet ex *l. capitalium 28. de pœn.* Sanè cauſa famoſa aliquando confertur cum capitali ut in *leg. 9. de mand. vind. l. 8. §. 2.* quod *met. ca.* ſed ſatis conſtat id fieri reſpectu certæ alicujus rei; in *d. l. 9.* intuitu cauſæ manumiſſionis apud conſilium allegandæ & probandæ; in *d. l. 8. §. 2.* ratione metus vel electionis: quod huc non pertinet: non enim quid metuat aut eligat, ſed quid mereatur tutor, quærimus. Concludimus igitur tutorem remotum infamem fieri, non ſolùm, ſi ob fraudem remotus ſit, quòd in tutela graſſatus fuerit, aut ſordidè egerit vel perniciosè pupillo, aut aliquid interceperit ex rebus pupillaribus, *l. 3. §. nunc videamus hoc tit.* verùm etiam ſi oblatam negligentiam, putà quòd in ſuis diligens, in rebus pupillaribus ſupinè & diſſolutè negligens ſit; quia talis negligentia propè fraudem accedit, *l. 7. §. 1. eod.* & interpretatione atque effectu juris dolus eſt, *d. l. quod Nerva depoſ. l. magna 226. de verb. ſign.* Eos autem, qui ob leviorem culpam, ſegnitiem, ruſticitatem, inertiam, ſimplicitatem, vel ineptiam removentur, in ea cauſa eſſe, ut integra exiſtimatione tutelâ abeant, *d. l. 3. §. ult. hoc tit.* quod & jam olim docuit Claud. Cantiuncula contra pleroſque interpretes, qui negant, latam culpam infamare: quo in numero etjam ſunt Schneid. & Weſemb. Planè mitior hæc ſententia moribus noſtris accommodatior eſt, qui à veteris diſciplinæ ſeveritate multum deſcivimus: de quo queritur D. Tulden. in *comm. hic c. ult.* Illud conſtat, cauſam remotionis decreto exprimendam eſſe, ut appareat de exiſtimatione: nâ ſi causâ remotionis non ſignificaverit decreto ſuo, prætor, fama remoti non læditur, *l. 4. §. 1. & 2. eod.*

TEXTUS.

7. Si quis autem ſuſpectus poſtulatur, quoad cognitio finiatur, interdicitur ei adminiſtratio, ut Papiniano viſum eſt.

COMMENTARIUS.

PEndente cauſa cognitionis interdicitur tutori adminiſtratio, atque alius interea in locum eius in adminiſtratione rerum ordinatur, *l. eum quem, C. hoc tit.* ipſaque adeò poſtulatione ſuſpecti etiam citra decretum id effici videtur. *l. quod ſi 14. §. in fin. de ſolut.* Et rectè: nam ut ſuſpectum non convictum in totum removere iniquum eſt, ita cum, qui in ſuſpicionem lite inſtituta vocatus eſt; perſeverare in adminiſtratione non expedit. Aio, *lite inſtituta*: neque enim protinus allegata cauſa ſuſpicionis tutori interim auferenda adminiſtratio: ſed ita demum, ſi concurrant aliqua indicia: ſuper quibus tutor auditus ſit & litem conteſtatus, quod & DD. plerique tradiderunt, & probat *Ant. Fab. Cod. ſuo defin. 2. de ſuſp. tut.*

TEXTUS.

8. Sed ſi ſuſpecti cognitio ſuſcepta fuerit, poſteaq; tutor vel curator deceſſerit, extinguitur ſuſpecti cognitio.

NOTÆ.

8. EXTINGUITUR SUSP. COGN.] Sed & ſi alio modo tutela finita ſit, cognitio ſuſpecti ſolvitur, *l. pen. D. eod. l. 1. C. eod.* & ſi quid damni pupillus ſenſerit, id ſarciri poteſt actione tutelæ, *l. 4. D. de tut. & rat. diſt.*

COMMENTARIUS.

IN hac poſtulatione nihil petitur, quod pupillo ex bonis tutoris adjudicetur, ſed hoc tantùm ut tutor removeatur à tutela: quo remoto ſi quid damni ex malâ eius adminiſtratione pupillus ſenſerit, id ſarciri poteſt actione tutelæ, cui ut locus fiat, actio ſuſpecti inſtituitur: quoniam durante tutela tutelæ agi non poteſt. *l. 4. de tut. & rat. diſtr.* Quibus conſequens eſt, finita quomodocumque tutela ſolvi cognitionem ſuſpecti, quamvis pridem receptam, *l. pen. C. hoc tit. l. 1. C. eod.* In quo item ſimilis hæc accuſatio videtur criminali, quæ ipſa cœpto licet judicio regulariter morte rei extinguitur, *l. ult. ad leg. Iul. maj. l. 1. l. 2. C. ſi reus vel accuſ. mort.* Nam in cauſa civili, licet pœna quoque petatur, actio judicio ſemel incluſa ſalva ſemper permanet atque in ſolidum tranſit in hæredem, *l. omnes 28. de obl. & act. l. omnes 139. de reg. jur. §. 1. infr. de perp. temp. act.*

TEXTUS.

9. *Si quis tutor copiam sui non faciat, ne alimenta pupillo decernantur, cavetur epistola divorum Severi & Antonini, ut in possessionem bonorum ejus pupillus mittatur; & quæ mora deteriora furura sunt, dato curatore distrahi jubentur. Ergo ut suspectus removeri poterit, qui non præstat alimenta.*

NOTÆ.

9. COPIAM SUI NON FACIAT] Latitans dolo absens, non justa de causa, *Ex l. 3. l. 7. §. 2. D. h. t.*

QUÆ MORA DETERIORA] Alijs creditoribus in possessionem missis nuda tantùm rerum debitoris custodia conceditur, *leg. 12. D. quib. ex ca. in poss.*

ERGO UT SUSPECTUS] Benè *ergo*. Nam si non potest removeri; non est cur pupillus mittatur in possessionem, aut bonis tutoris curator detur, Cujac.

COMMENTARIUS.

QUia alimenta pupillo non temerè decernenda sunt, sed causa cognita, quam rem prætor pro modo facultatem pupilli, quas tutor ex vero profiteri jubetur, moderari & expedire debet: *l. 3. ubi pup. educ.* ideò adversus tutorem, qui ne alimenta pupillo decernantur, sui copiam non facit, propria pœna constituta est, eadem nimirum, quæ adversus debitores latitantes, ut pupillus rei servandæ causa in possessionem bonorũ tutoris mittatur, quomodo mitteretur creditor in possessionem bonorum debitoris, qui absens non defenditur, ex edicto *quib. ex cauſ. in poſſ. bon. eat.* Quin & plus hic tribuitur pupillo, quàm alijs creditoribus: quippe quibus in possessionem missis nuda tantùm rerum debitoris custodia & observatio interim conceditur, *l. 12. quib ex cauſ. poſſ.* donec ob contumaciam perseverantis sui copiam non facere prætor de consensu creditorum, curatore constituto, bona distrahi permittat, *tot. tit. de cur. bon. dand.* Pupillo autem in possessionem misso, simul quæ mora detetiora futura sunt ex bonis tutoris, dato curatore distrahi jubentur: atque, ut arbitror, ut ex pecunia ex earum rerum venditione redacta pupillo interim alimenta constituantur. Quod si hoc remedio & edictis evocatus tutor vinci & adigi non possit ut veniat suique copiam faciat, tum non tantùm quasi contumacem, sed etiam ut suspectum removeri eum oportet: quod tamen & perrarò, & diligenti habita inquisitione faciendũ esse monet Ulpian. *l. 7. § pen. & ult. hoc tit.* Atque hic quoq; sensus est hujus loci, & *l. 3. §. tutor 14. eod.*

TEXTUS.

10. *Sed si quis præsens negat propter inopiam alimenta posse decerni, si hoc per mendacium dicat, remittendum eum esse ad præfectum urbi puniendum placuit: sicut ille remittitur, qui data pecunia ministerium tutelæ acquisierit, vel redemerit.*

11. *Libertus quoque, si fraudulenter tutelam filiorum vel nepotum patroni gessisse probetur, ad præfectũ urbi remittitur puniendus.*

NOTÆ

10. ALIMENTA POSSE DECERNI] A Prætore scilicet cui jus alimentorum decernendorum pro modo facultatum pupilli competit, *l. 3. D. ubi pup. educ.*

AD PRÆFECTUM URBI] *l. 3. §. 15. D. hoc tit.* puniendum scil. extra ordinem & pœna corporali, *ἐις τὸ σῶμα*, quod est meri imperij; qualem potestatem prætor non habet, sed præfectus urbi: unde & ad hunc remissio fit, ut & aliàs, *l. 1. §. 7. D. de off. præf. urb. l. 9. D. de tutel.*

DATA PECUNIA MINISTERIUM TUTELÆ] Cujac. restituit. *Data pecunia ministeriȳs, tutelam redemerit*, ex *d. l. §. 15. ministeriȳs*, id est, *officialibus & ministris prætoris.*

11. LIBERTUS QUOQUE] Ex Ulp. *l. 2. D. hoc tit. l. 10. C. de adm. tut.*

COMMENTARIUS.

DIximus non multò antè, tutores pro qualitate facti vel simpliciter removeri, vel cum infamia, nonnunquam etiam gravius simul coërceri: quod fit in his delictis: si quis præsens negaverit, pupillo quasi inopi alimenta decerni posse, & datis pupillo advocatis mendacij convincatur; si quis tutelam corruptis ministeriis prætoris redemerit; si libertus fraudulenter tutelam filiorum patroni gesserit: quæ tria his §§. proponuntur: ex *l. 2. & l. 3. §. sed si non 15. hoc tit.* Sunt autem plura, ut si quis pretio accepto operam dederit, ut non idoneus tutor pupillo daretur; si consultò circa patrimonium edendum quantitatem

tem minuerit: si evidenti fraude pupilli bona alienasse probetur, *lib. 1. §. solent de off. præf. verb. 9. de de tutel.* Hos omnes traditum est severiore animadversione indigere, quàm ut sufficiat eis suspectorum infamia; ideoque ad præfectum urbi solitos remitti extra ordinem puniendos, *dd. loc.* & pœna scilicet corporali: nam multæ dicendæ jus etiam Prætori, cæterisque qui jurisdictionem habent, competit, *l. 2. § ult. de judic. l. aliud est fraus 131. §. 1. de verb. sign.* Graviorem autem omnem animadversionem, sive imperium, quod dicitur merum, præfectura urbis sibi indicavit, *d. l. 1. de off præf. urb.* Apud nos quemadmodum criminum judicia exerceantur, & puniantur extra ordinem, qui delinquunt, dicemus *sub tit. ult. lib. 4.*

TEXTUS.

12. *Novissimè autem sciendum est, eos, qui fraudulenter tutelam administrant, etiamsi satis offerant, removendos esse à tutela: quia satisdatio tutoris propositum malevolum non mutat, sed diutiùs grassandi in re familiari facultatem præstat. Suspectum etiam eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit. Enimverò tutor vel curator, quamvis pauper sit, fidelis tamen & diligens, removendus non est quasi suspectus.*

NOTÆ.

12. ETIAMSI SATIS OFFERANT] Expedit enim pupillo rem suam salvam tenere, quàm habere cautionem, *l. 5. D. h. t.* fac. *l. ult. C. in quib. ca. in int. rest.*

DIUTIUS GRASSANDI] Ex Callistrato, *lib. 5. D. h. t.*

ETIAM EUM] *lib. 8. D. eod.* Vet. *suspectum enim eum.* Th. γάρ Suspectum mores faciunt, non tenues facultates.

QUAMVIS PAUPER] Nunquam paupertatis occasione suspectus postulari, aut ut suspectus removeri debet vir alioqui fidelis & diligens, *l. 5. C. eod.* Sed potest curator ei adiungi, si subsidia pupilli periclitetur, *l. 6. C. eod.* aut removeri ex eo capite quòd non satisdet, *lib. 2. C. de tut. qui sat. non ded.*

COMMENTARIUS.

ETiamsi satis offerat] De eo dictum sub §. *suspectus 5. sup. eod.* Ut autem neque divitiæ, neque satisdatio tutorem à suspicione liberant, ita nec ex adverso eum onerat paupertas. Nam etsi pauperi, qui se imparem oneri impositi docere possit; vocatio tribui solet, §. *sed est propter paupertatem tit. proced.* aut qui propter inopiam satisdare non potest, removendus est: *l. 2. C. de tut. qui sat. non ded.* nunquam tamen paupertatis occasione suspectus postulari, eóve nomine removeri debet vir alioqui fidelis & diligens. Ex moribus enim non ex facultatibus suspectum argui convenit, *l. 8. hoc tit. l. 5. C. eod. l. si creditores 31. §. 1. reb. auct. iud. poss.*

ARNOLDI

Ministerio de Cultura 2024

ARNOLDI VINNII, I.C.

IN LIBRUM SECUNDUM INSTITVTIONVM IMPERIALIUM COMMENTARIVS

Academicus & Forensis.

TITULUS I.

De rerum divisione, & acquirendo ipsarum dominio.

Ratio ordinis, & summa tractationis de jure rerum.

COGNITA hominum qualitate & differentia, expositoque eo jure, quod cuique conditione personæ suæ competit, quod ex tribus, circa quæ jus omne versatur, primum est, transit Imperator ad alterum atque hic proximum, res externas; ut quod lex methodi exigit, eo ordine singula explicet, quo ea proposita sunt § *ult. sup. de jur. nat. gent.* Habet autem hic titulus duplicem inscriptionem, *de rerum divisione, & de acquirendo ipsarum dominio.* Nimirum quæ duobus distinctis titulis in π', tractata sunt, ea in unum huc retulit Iustinianus. Et quia in rebus tantum cuiusque est, quantum natura earum & conditio patitur, primò variè eas dividit, ut differentia earum cognita, jus quod in ijs habemus, (qua consideratione rerum tractatio propria est Jurisconsulti) melius intelligatur. Deinde proponit & persequitur modos, quibus res, quæ singulis acquiri possunt, singulis acquirantur, initio facto à rebus domini nostri aut similis in rem juris. Postremò tractat de obligationibus, idque demum *tit. 14. lib. 3.*

TEXTUS.

Superiore libro de jure personarum exposuimus, modo videamus de rebus; quæ vel in nostro patrimonio, vel extra patrimonium nostrum habentur. Quædam enim naturali jure communia sunt omnium, quædam publica, quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum, quæ ex varijs causis cuique acquiruntur, sicut ex subjectis apparebit.

NOTÆ.

IN PATRIMONIO] Id est, *in bonis.* In bonis autem nostris non tantùm sunt res corporales, verùm etiam incorporales & jura, *l. 49. de verb. sign. l. 52. de acquir. rer. dom.* Igitur servitutes, *l. 5. §. 9. D. de op. nov. nunc. tit. si usf pet. & si serv. vind.* &

& de itin. act. priv. l. 3. & 4. qua in fraud. cred. Nec obst. *l. 1. de usuf. leg.* quia ibi Paul. non disputat de jure aliquo constituto, sed demum constituendo: quod ait in bonis non esse, quia dominus hujusmodi jus formale non habet: nec tamen extra bona; quia habet saltem causativè, ut loquuntur.

QUÆDAM NATURALI] Ex Marc. *l. 2. D. h. t. de rer. div.* Non est nova hæc divisio, sed prioris explicatio. Sunt, quibus magis placet divisio Caii, *l. 1. eod.*

QUÆDAM NULLIUS] Intelligit res divini juris, quibus per excellentiam hoc tribuitur, ut dicantur nullius esse.

PLERAQUE SINGULORUM] Nimirum res omnes, quæ in dominio nostro sunt, aut quasi dominio, aliaque in rem vel ad rem jura.

COMMENTARIUS.

2 *An detur tertium genus rerum, quæ neque in bonis nostris, neque extra bona sint.*

DE *rebus*] Quid rei appellatione, quæ alioqui generalis est, hic significetur, docet nos objectorum juris distinctio: nempe quicquid est extra personam & actiones, quod homini usui aut commodo esse possit, sive id divini juris sit, sive humani, sive publici, sive privati, sive corporale, sive incorporale, sive dominium, aut jus aliquod in rem à dominio diversum aut separatum, sive obligatio: nam & ea, ut res in bonis nostris, huc pertinet, quod pluribus ostendemus *sub tit. de oblig. lib. 3.*

Vel in nostro patrimonio vel extra] Patrimonij nomine propriè significari videtur ea pecunia, quam liberi ex hæreditate paterna accipiunt: cæterum consuetudine loquendi obtinuit, ut eo verbo intelligantur omnia, quæ quisque paterfam. habet. Igitur in patrimonio esse, & in bonis esse, idem valent. Sunt, quibus hæc divisio manca videtur, quasi constitui debeat & tertium genus rerum, quæ neque in bonis nostris, neque extra bona sint, cujus generis res, auctore Paulo *l. 1. de usufr. leg.* sint servitutes. Quo quidem ego nunquam quicquam audivi futilius. Non erit in bonis nostris ea res, quæ bona nostra & patrimonium auget, *l. 5. §. 9. de op. nov. nunc.* quæ pro debito pignori mihi obligata est juxta *l. 12. de pign.* quæ domino prædij dominantis magni sæpè constitit, & quam prædij servientis dominus magno velit redimere? cujus denique persequendæ & tuendæ causa actio aliaque remedia jure prodita sunt? *l. rem in bonis 52. de aq. rer. dom. l. bonorum 49. de verb. sign. junct. §. 2. inf. de act. leg. 6. §. 1. & ult. si serv. vind. d. l. 5. §. 9. de op. nov. nunt. tit. de itin. act. priv. & acq. cot. & est.* Cur igitur actione Pauliana revocantur servitutes per fraudem non utendo amissæ, *l. 3. & 4. quæ in fraud. cred.* cùm id edictum ad eos tantum pertineat, qui patrimonium suum in fraudem creditorum deminuunt? *leg. 6. eod.* Aut cur magis res cæteras incorporales in bonis esse dicimus, quàm servitutes? Veterum sanè nemo est, cur hoc in mentem venerit, ut diceret, servitutem alicui constitutam & quæsitam non esse in bonis ejus cui constituta & quæsita sit: neque etiam Paulo, qui in *d. l. 1.* non disputat de jure aliquo alicui constituto, sed demum constituendo: cujus tamen disputatio posita est in mera subtilitate. Legavit aliquis usum aut usumfructum itineris per fundum suum. Negat Paulus id legatum subsistere: quia ratio juris non patitur, ut servitus servitutis constituatur: nec esse utile ait ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium, quæ in bonis sint, ususfructus legari possit: quia id jus, cujus usus legatus proponitur, in bonis testatoris non fuerit, hoc est, quia testator id jus formaliter & separatum non habuerit: nam utique, ut dominus, jus habebat eundi in suo, poteratque id jus à dominio separare; alterique sub alia qualitate concedere, alium denique eo jure, servitute non constituta, uti volentem prohibere: unde fortassis addidit, nec esse extra bona. Tantum quia dominus, ut dixi, hujusmodi jus formale non habet, hoc est, separatum à jure dominico titulo servitutis, cum nemini res sua serviat, *l. 5. si usufr. pet.* usus autem itineris tanquam juris separati & formalis, legatus proponitur; negat, legatum esse usum rei, quæ erat in bonis testatoris: quippe quæ ne erat quidem eo, quo dixi, modo, sed causativè tantum. Esse autem hanc disputationem de apicibus juris, Paulus ipse fatetur, cùm legatum aut huiusmodi usus constitutionem admittendam censet beneficio cautionis à legatario præstandæ de restituenda post mortem suam aut capitis deminutionem servitute.

Quædam enim naturali iure communia] Non est nova hæc divisio, sed prioris illius explicatio: quæ eò pertinet, ut intelligamus ea, quæ singulorum sunt, in patrimonio haberi; quæ communia, publica, universitatis, & maximè quæ divini iuris sunt, extra patrimonium esse. Aptior ad docendum nonnullis videtur divisio Caii *l. 1. hoc tit.* qui sic distinguit, ut dicat, rerum alias esse divini iuris, alias humani. Divini iuris quæ sunt nullius in bonis esse, veluti res sacras, religiosas, sanctas. Res humani iuris aut publicas esse, quæ & ipsæ nullius in bonis sunt; aut privatas, quæ singulorum; una generali appellatione rerum publicarum complectens, quæ hìc in communes, publicas, & universitatis distinguuntur. Hic autem

divisioni mox aliam subjicit, quod quædam res corporales sint, quædam incorporales; quæ à Iustiniano demum traditur atque exponitur *tit. seq.* Apud Marcianum *l. 2. hoc tit.* divisio proposita uno membro mutilata traditur, ut liquet ex *l. 4. & 5. eod.*

Pleraque singulorum] Hæc sunt, quæ privata dicuntur, nimirum res omnes, quæ vel in dominio nostro sunt, aut quasi dominio, aliaque in rem jura à dominio separata, vel quæ adhuc nobis præstanda sunt ex obligatione. Unde non malè nonnulli totius hujus argumenti tractationem ad duo potissimum capita referunt, quorum unum est de dominio, alterum de obligatione; dominij appellatione jus omne, quod in rem habemus, complectentes.

TEXTUS.

1. *Et quidem naturali jure communia sunt omnium hæc, aër, aqua profluens, mare, & per hoc littora maris. Nemo igitur ad littus maris accedere prohibetur: dum tamen à villis, & monumentis, & ædificijs abstineat: quia non sunt juris gentium, sicut est mare.*

NOTÆ.

1. NATURALI IURE COMMUNIA] Vocabulo generali hæc etiam publica dicuntur, definiunturque à Nerat. *l. 14. de acq. rer. dom.* quæ à natura ad omnium usum prodita in nullius adhuc dominium pervenerunt. Sumpta hæc *ex l. 2. §. 1. & l. 4. D. eod.*

AER, AQUA PROFLUENS, &c.] Aër & mare jure gentium divisa non sunt, sed relicta in suo jure & esse primævo. Io. Fab. Imo nec dividi potuerunt. Grot. *de mar. lib. cap. 5.*

AQUA PROFLUENS] Aqua jugis, aqua fluminea, quæ ad lavandum & potandum uniicuique jure naturali concessa. Ovid. 6. Met. *Quid prohibetis aquas? usus communis aquarum est.*

LITTORA MARIS] Sicut maris usus omnibus patet, *l. 13. D. comm. præd.* ita propter mare & littora maris, *l. 4. & 5. §. h. t.*

DUM TAMEN A VILLIS] Quia sunt singulorum, qui ædificando occuparunt, *d. l. 4. & l. 6. h. t. l. 14. de acq. rer. dom. l. 4. ne quid in loc. pub.*

COMMENTARIUS.

1 *Rerum communium usum omnibus competere, barbarumque semper habitum, quemquam mortalium eo usu prohibere.*

2 *Multum hasce res differre ab ijs, quæ nullius sunt, communi usui non attributæ.*

3 *Quatenus quid harum rerum occupari possit: tum quantum hæc occupatio occupanti tribuat.*

4 *De dominio maris, quod nunc sibi plerique ad aliquod spatium & per vicinos sinus vindicant remissivè.*

5 *Qui vectigal navigantibus jure imponant.*

QUæ humani juris sunt, non privata aut singulorum propria, ea aut sunt omnium hominum communia; aut alicujus gentis sive populi, quæ in specie publica; aut certæ alicujus civitatis vel corporis, quæ dicuntur universitatis. Communia sunt, quæ à natura ad omnium usum prodita in nullius adhuc ditionem aut dominium pervenerunt: ita generali vocabulo definiuntur à Neratio *l. 14. hoc tit. de acq. rer. dom.* Huc pertinent præcipuè aër & mare: quæ cùm propter immensitatem, tum propter usum, quem in commune omnibus debent, jure gentium divisa non sunt, sed relicta in suo jure & esse primævo, ut ait Io. Faber, adeoque nec dividi potuerunt. Atque hoc est quod DD. nostri aiunt, aërem & mare, cùm sint incomprehensibilia, nullius populi bonis potuisse applicari, *Io. Fab. §. litterum inf. eod. Grot. de mar. lib. c. 5.* Item aqua profluens, hoc est, aqua jugis, quæ vel ab imbribus collecta, vel è venis terræ scaturiens perpetuum fluxum agit, flumenque aut rivum perennem facit. Postremò propter mare etiam littora maris, *l. 1. §. 1. l. 4. hoc tit.* In hisce rebus duo sunt, quæ jure naturali omnibus competunt. Primum communis omnium est harum rerum usus, ad quem natura comparatæ sunt: tum si quid earum rerum per naturam occupari potest, id eatenus occupantis fit, quatenus ea occupatione usus ille promiscuus non læditur. De usu aëris constat, quippe sine quo ne vivere quidem aut respirare quisquam potest. Aqua profluens ad lavandum & potandum unicuique jure naturali concessa. Maris usus jure gentium liber est, atque ad navigandum & piscandum ex æquo omnibus patet, *l. 3. §. 1. ne quid in loc. pub.* unde si quis prohibeatur in mari piscari aut navigare, injuriarum actione prohibentem convenire potest, *l. 1. §. si quis d. tit. l. 13. §. ult. de injur.* Maris naturam littora sequuntur: ac proinde ad littus maris cuivis accedere licet, navem eo appellere ac reficere, ejecta in tempestate naufragióve amissa ibi excipere, retia siccare, & casam, in quam tantisper se recipiat, ponere, *l. 4. hoc tit. l. littera 51. de contr. empt. l. 1. C. de naufrag. lib. 11* Dum tamen à villis, ædificijs & monumentis in littore extructis abstineat: quia non sunt juris gentium, *d. l. 4. hoc tit.* Est verò harum rerum usus adeò liber & promiscuus, ut bar-

ut barbarum semper atque immane habitum sit, vel exteras gentes ab eo arcere. Quamobrem meritò de Pœnorum injuria sic queritur Orator Ilioneus apud Virgilium *lib. 1. divini operis*;

Quod genus hoc hominum, quæve hæc tam barbara morem
Permittit patria? Hospitio prohibemur arenæ,
Bella cient, primæque vetant consistere terra.

Idemque apud eundem *lib. 7.* his vocibus affatur regem Latinum.

Littusque rogamus
Innocuum, & cunctis undamque auramque patentem.

Denique Latona apud Nasonem 6. *metam.* sic alloquitur pueros Lyceos;

Quid prohibetis aquas? usus communis aquarum est.
Nec solem proprium natura, nec aëra fecit,
Nec tenues undas; ad publica munera veni.

Dicit, hæc non esse natura propria, sicut Ulpian. *l. 13. comm. præd.* natura omnibus patere, quia à natura ad communem usum genita sunt, nec in ullius adhuc dominium pervenerunt. *Cic. 1. de Offic. Nerat. l. 14. hoc tit.* Hæc igitur sunt illa, quæ veteres vocant communia omnium jure naturali, aut quod idem est, publica juris gentium, sicut & usum eorum modò communem, modò publicum vocant, *l. pen. hoc tit. l. 3. §. 1. l. 4. ne quid in loc. pub. §. littorum inf. hoc tit. cum similib.* Quanquam verò etiam ea
2 nullius esse, quod ad proprietatem attinet, rectè dicimus, multum tamen differunt ab his, quæ nullius sunt, communi usui non attributa, ut feræ, pisces, aves; nam ista si quis occupet, in jus proprium transire possunt; illa verò totius humanitatis consensu proprietati in perpetuum excepta sunt propter usum, qui cùm sit omnium, non magis omnibus ab uno eripi potest, quàm à te mihi quod meum est. Et hoc est, quod Cicero dicit, inter prima esse justitiæ munera, rebus communibus pro communibus uti. Scholastici dicerent, alia positivè esse communia, alia negativè, *D. Thom. 1. 2. q. 94. art. 5 Caietan. tract. 17. quæst. cap. 12. Covar. in cap. peccatum, de reg. jur. in 6. part. 2. §. 8.* Intellexit hoc convivator apud Athenæum, cùm mare commune esse dicit, pisces autem capientium fieri. Et in Plautina Rudente servo dicenti, *Mare quidem commune certo est omnibus*, assentit piscator: addenti verò, *In mari inventum est, commune est*, rectè occurrit; *Meum quod rete atque hami nacti sunt, meum potissimum est.* Cæterum illa hic addenda interpre-
3 tatio est, ut si quid harum rerum natura occupari possit, id eatenus occupantis fiat, quatenus ea occupatione usus publicus sive communis non impeditur. Quod meritò receptum est: nam cùm ita se res habet, cessat exceptio, per quam sit, ut in jus proprium non transeant. Aër occupari non potest, nisi simul terra occupetur: sed neque mare; nisi fortè exigua sui portione, quæ in fundum privatum admittitur; quomodo accipienda, *l. 14. de injur.* aut ædificando jactis in id pilis aut molibus; quod cùm fit, locus & ædificium ejus fiunt, qui ædificavit, *l. 2. §. adversus 8. l. 3. §. 1. ne quid in loc. pub. l. ergo 30. §. ult. hoc tit.* In littore vacuum quisque locum occupare per naturam potest, eumque occupando etiam suum facit, ut & id, quod in eo extruxerit, *l. 6. pr. hoc tit. de rer. div. l. 14. l. quamvis 50. eod. de acq. rer. dom. l. 1. §. quod si de op. nov. nunc.* Etenim qui locus ita in mari aut littore occupatur, non simpliciter & absolutè occupantis fit: sed duntaxat interea dum occupat, dum ædificium manet: nam ædificio sublato locus in pristinam causam quasi jure postliminii revertitur, *d. l. 6. & h. l. 14. §. 1. l. præscriptio 45. de usuc.* Sed neque simpliciter hæc occupatio & ædificatio concessa: verum, quod exigebat ipsa ratio juris gentium, cum hac conditione, si per eam publicus littoris aut maris usus non fiat deterior, *d. l. 2. §. adversus, l. 3. l. 4. ne quid in loc. publ.* Neque ius gentium violari existimo; si hinc arceantur peregrini in littoribus; quæ populus aliquis imperio sibi vindicat. Natura enim non ad hoc prorsus priè littora produxit, ut cuilibet semper & promiscuè ius esset partem eorum occupare: sed ut necessario maris usui inservirent, qui est navigio, idque significari opinor verbis *& per hoc*, quæ non frustra hic expressa sunt, & in *l. 2. §. 1. hoc tit.* ideoque etsi hic usus iure gentium semper communis manet & indivisus, sicut ipsius maris: ius tamen, quod dixi, in littore ædificandi divisum iure gentium intelligi debet, quatenus littora imperio divisa & publica facta sunt alicuius populi, *arg. d. leg. 3. ne quid in loc. pub.* Ita fermè Baro ad hunc §. *& d. leg. 2. Don. 4. comm. 2. & 9. Grot. 2. de jur. bell. & pacis c. 3. num. 9.* Idem fusè & eleganter *cap. 5. mar. lib. add. Ant. Fab. in ration. ad leg. 9. de leg. Rhod.* Hodie Veneti maris Adriatici, Baltici rex Daniæ, magnæ 4
Britanniæ rex maris circumflui dominium sibi vendicant. Cæterum hoc latè plerique damnant, imperium quidem in maris partem sinusve vicinos usurpari posse concedentes, sed sine iure proprietatis aut dominii; tum quia natura mare commune esse iubet, non permittit tantùm; tum quia ne domini quidem capax est, resistens occupationi & possessioni, unde dominia rerum cœperunt, *l. 1. §. 1. de acq. poss. D. Grot. d. cap. 5. mar. lib. & d. c. 3. n. 13. de jur. bell. M. Anton. Peregrin. 8. de jur. fisc. n. 10. Alb. Gentil. de acq. mar. D. Tul. hic c. 7.* Existimat tamen idem Grotius, *d. c. 3. num. 10.* non obstare ius naturæ, quo minus portio maris

inclusa littoribus ejus populi propria fiat, cujus sunt littora, dum ea pars maris ad territorium comparati non maior sit, quàm diverticulum maris comparatum ad magnitudinem fundi privati. Nuper verò Ioannes Seldenus, vir sanè non vulgari eruditione præditus, tractatum edidit inscriptum *Mare clausum*, sive *De Dominio maris*, in quo summa ope ostendere conatur, mare ex iure naturæ seu gentium omnium hominum non esse commune, sed pariter dominii privati seu proprietatis esse capax, ac tellurem: cui paradoxo occurri poterit ex Grot. *d. c. 6. mar. lib. & 2. de jur. bell. c. 2. n. 3.*
5 Illud constat, non facere contra jus naturæ aut gentium, qui recepto in se onere tuendæ navigationis adversus piraticas excursiones, iuvandæque per ignes nocturnos & brevium signa, vectigal æquum imposuerit: quale fuit Romanum vectigal Erythræum, de quo Strabo *lib. 17.* & quod in ponto Byzantini exigebant διαογώγιον, quoque iam olim Athenienses exegerant in ponto eodem, memorante utrumque Polybio, *Grot. d. c. 3. n. 14. add. Capoll. de serv. præd. rust. cap. 26.*

TEXTUS.

2. *Flumina autem omnia, & portus publica sunt: ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusq́.*

COMMENTARIUS.

1 *Quo sensu dicatur ius piscandi in flumine omnibus commune.*
2 *Non idem esse aquam profluentem, quod flumen.*
3 *Quo iure hodie flumina & portus, itemq́ piscatio, censeantur.*

SEcundum genus rerum, quæ privati iuris non sunt, publicæ in specie dicuntur: quæ quamvis & ipsæ in nullius dominium pervenerunt: imperio tamen divisæ sunt, & ditione ac potestate factæ alicuius populi. Aio, *ditione ac potestate*: nam quæ populi sunt patrimonio, ut metalla, salinæ, silvæ, agri vectigales, &c. ea quidem etiam publica dicuntur, propter personam possidentis: *l. 17. de verb. sign. l. 14. hoc tit. de acq. rer. dom.* sed quia usu & iure; quo habentur, privata sunt, *l. 2. §. hoc interdictum 4. ne quid in loc. publ.* ad institutam disputationem non pertinent. Huius generis sunt flumina, portus, alveus fluminis, quamdiu à flumine occupatur, & ex parte ripæ.

Flumina omnia] Scilicet perennia: nam torrentia, quæ hieme tantùm fluunt, æstate solibus exsiccantur, publica non sunt: *l. 1. §. 3. de flum.* ac ne flumina quidem propriè, ut rectè *D. Don. 4. com. 3.* contra *Hotom. 8. obs. 4.* Marcian. *l. 4. hoc tit.* cautè addidit voculam *pene*; nempe διὰ τοὺς χειμάρρους. Et quidem quæ flumina per eandem regionem tantùm labuntur, unde originem ducunt, tota sunt illius regionis: quæ verò diversa imperia alluunt, per partes earum gentium sunt, per quarum ditiones profluunt in mare.

Et portus] Portus est locus in mari aut flumine conclusus ac munitus, quo importantur, & unde exportantur merces: qua appellatione tamen continetur & statio, quæ est locus accommodatus ad naves recipiendas, ut tutò illic stare possint adversus iniuriam prædonũ ac tempestatum, *l. portus 59. de verb. sign. l. 1. §. stationem de flum.* nostratibus *een Ree.* Veteribus propriè portus insulam notat, sive ædificium legitimo spatio atque ambitu à contiguis divisum, mercium impendendarum & conservandarum causa: & per synecdochen quamvis insulam sive domum, quæ proprio ambitu constat: ut in illo duodecim; *Cui testimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum obvagulatum ito*, vid. Festum in vocibus *portus & insula. Cuiac. Brechæ. Goed. ad, d. l. portus.*

Ius piscandi omnibus commune] Usus fluminis publicus est iure gentium, *§. riparum infr. eod. l. 4. eod.* ac proinde unicuique licet in flumine publico navigare & piscari, *l. 1. ut in flum. publ.* Idem usus est & portuum, ut hoc loco & *d. leg. 4.* Ait, *omnibus commune est*, nempe omnibus ijs, qui sunt ex populo, cuius fines flumen alluit, & quatenus alluit: ut in hoc distet hic usus ab earum rerum usu, quæ omnium hominum communes sunt: id quod ex præcedentibus satis colligi potest: neque est quisquam, qui dubitet, quin usu navigandi aut piscandi in flumine exteri prohiberi possint. Notandum autem est discrimen fluminis & aquæ fluentis, unde usus utriusque nascitur diversitas. Flumen est totum quid, unumq́ue & idem corpus, quod mille abhinc annis fuit, *arg. l. proponebatur 76. de iudic.* denique imperio eorum est, quorum finibus continetur. At aqua fluminis numero eadem non est, sed alia atque alia: & cùm in perpetuo cursu sit, non magis loco contineri, aut cuiusquam potestati subjici potest, quàm aër & mare, quamdiu de medio cursu nihil de ea sumpseris. Hinc de usu iudicandum. Flumine integro utimur ad navigandum & piscandum; qui usus jure gentium divisus est, quatenus flumina ipsa imperio divisa sunt: ac proinde non communis est omnium hominum, sed publicus eorum duntaxat, quorum finibus continetur. Aqua verò fluminis utimur ad lavandum, potandum,

potandum, aquanda pecora: qui usus communis est jure naturali omnibus concessus, *add. Io. Fab. Baron. ad hunc loc. Don. 4. comm. 3.* De jure ædificandi in portu aut flumine nulla hic mentio. Et in portu quidem vix est, ut sine incommodo navigantium ædificari possit. In flumine autem publicè cuilibet licet ædificare & destruere: dum tamen hoc sine incommodo cujusquam fiat, *l. fluminum 24. de damn. inf. l. 2. §. non autem 12. & §. deinde 19. de flum.* quo argumento adducor, ut credam etiam, ædificatum fieri ædificantis, perinde ut ædificata in littore aut vicino littoribus mari ædificantium fiunt. Cæterum quia hoc jure jam non amplius utimur, non est operæ pretium pluribus de his disputare. Etenim flumina omnia navigabilia & ex quibus fiunt navigabilia, jam pridem à Frederico Imp. inter regalia relata sunt, *c. un. qua sunt regal. in usib. Feud.* eorumque proprietas facta Principis vel populi, cujus ditione continentur. Bart. Ias. & alij in *l. quominus de flum.* quod tamen non obstat, quominus usu fluminis adhuc publicus manserit: nam & riparum, quarum proprietas privata est, usum esse publicum constat. Cæterum consuetudine locorum ferè jam obtinuit, ut nemini liceat in flumine piscari, nisi qui jus illud vel emerit, vel conduxerit, vel alio titulo à Principe acceperit, *vid. Capoll. de serv. rust. prad. c. 42. Schneid. hic.* In hisce regionibus flumina omnia, quatenus finibus nostris continentur, lacus item, aliæque aquæ navigabiles, eorumque omnium alvei, hoc est spatia, per quæ fluunt, aut quæ occupant, ripa quoque, quatenus majore parte anni aquis tegitur, populi est. Ac proinde Hollandi & Westfrisij jus habent pro custodia fluminum vectigalia ac tributa imperandi; quippe usu eorum etiam exteris concesso. Ius piscandi quoque initio penes populum fuit. Inde ad Principes translatum: ut nemo jam id juris habeat, nisi concessu Principis, & certis limitibus ac legibus circumscriptum. Planè in Waterlandia & quibusdam fluentis Kennemerlandiæ piscatio semper libera fuit: & singulis civibus etiamnum jus est in flumine aut lacu navigabili hamo piscari. *Grot. lib. 2. manud. c. 1. & 4. Groenew. de ll. abrog. hic & ibi alleg.*

3 Est autem littus maris, quatenus hybernus fluctus maximus excurrit.

TEXTUS.

3. *Est autem littus maris, quatenus hybernus fluctus maximus excurrit.*

NOTÆ.

3. EST AUTEM LITTUS MARIS] *Qua fluctus eludit.* Definitio κατὰ μεταφοράν.

COMMENTARIUS.

HOc §. 2. *& seqq.* quædam diligentius explicat, quorum usus vel communis est, vel publicus. Atque ut intelligamus, quatenus littore uti omnibus liceat, quid sit littus, primò definiendum putavit. Ait, littus esse, *quatenus hibernus fluctus maximus excurrit*, quomodo & Cels. definit, *l. littus 96.* & Iavolen. *l. 112. de verb. sign.* & jam olim ante eos definiverat Aquilius, teste *Cic. in Top.* quam definitionem & ipse Cicero post aliquando fortassis arbiter sumptus secutus est: non enim primus hoc constituit, ut plerosque credidisse Celsus refert. Ait, *hibernus*; quia hieme maximè mare exæstuat. Igitur littus est, quatenus fluctus maris eludit; atque hoc commune est omnium, sicut & mare: sicum verò littus sive ora terræ, quæ æstuum marinorum accessu non occupatur, populi regionis est.

TEXTUS.

4. *Riparum quoque usus publicus est jure gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere, cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen navigare: sed proprietas earum illorum est, quorum prædijs hærent: qua de causa arbores quoque in eisdem natæ eorumdem sunt.*

NOTÆ.

4. RIPARUM USUS] Ex Caio *leg. 5. h. t.* Est autem ripa id, quod flumen continet, naturalem cursus sui rigorem tenens, *l. 1. §. 5. l. 3. §. 1. D. de flum.*

QUORUM PRÆDIIS HÆRENT] *d. leg. 5. l. 1. l. 30. §. 1. eod. de acq. rer. dom.* Quapropter quod Paul. ait, *l. 3. de flum.* ripas fluminum publicas esse, non de proprietate, sed usu accipiendum est.

COMMENTARIUS.

1 *Non ut littora maris, ita ripas conditionem fluminis sequi.*

RIpa est id, quod flumen continet, naturalem cursus sui rigorem tenens: ita definitur ab Ulp. *l. 1. §. ripa, de flum.* Ait, *cursum naturalem*, ne quis putet, si quando flumen imbribus vel nivibus auctum excreverit, ripas idcircò mutare. Paulus ait, ripam esse, quæ plenissimum flumen continet, *leg. 3. §. 1. d. tit.* ut significet partem ripæ

non esse spatium illud ripæ proximum, quod aliquando flumine caloribus minuto æstivo tempore non occupatur. Apparet autem ex sequentibus, ripam non tam angustè, ut nonnulli faciunt; accipiendam esse pro crepidine aut labro annis, sive pro sola extremitate alvei & terræ, quæ flumen continet, cujus extremitatis vix est ut ullus sit usus: sed aliquando laxius pro spatio inter flumen & vicina prædia interjecto, ut ripa incipere intelligatur, ex quo à plano ad flumen vergit, *d.l.* §.1. *de flum.* quod & Pacius observavit in analysi sua.

Vsus publicus est jure gentium] Usus riparum ita publicus est, ut fluminis: quinimò ripæ usus nihil aliud est, quàm ipsius fluminis, cùm per ripam flumine utamur. Ideoque quæcumque sunt interdicta ad tuendum usum publicum fluminis, eadem sunt & conjunctim ad tuendum usum riparum, *l.1. & passim tit. de flum. & tit. ne quid in flum. publ.* Ait, *jure gentium*; quasi dicat, hunc usum atque hanc servitutem ripis à natura impositam esse, ut omnibus, quibus flumine uti jure gentium licet, etiam ripis ad eum usum uti liceat, cùm nec flumine aliter uti commodè possint.

Proprietas illorum est, quorum prædijs hærent] Hoc etiam disertè ait Caius *l. 5. hoc tit.* itemque Pomponius ex sententia Celsi *l. ergo*, §.1. *de acq. rer. dom.* Unde Neratius scribit, eum, qui in ripa fluminis ædificat, suum non facere *l.15. eod.* Quapropter quod Paulus ait, ripas fluminum publicas esse, *l.3. de flum.* de usu, non de proprietate accipi debet. Nec enim audiendus est D. Hotom. qui Paulum à cæteris & rectè, dissensisse putat. Nam quod ait, eodem jure partes fluminis singulas censeri debere, quo totum flumen, quod ita publicum esse constat, ut nec proprietate cujusquam sit, error est παρὰ τὴν ἄγνοιαν τοῦ ἐλέγχου. siquidem ripa pars fluminis non est, non magis quàm continens contenti. Neque verò idem est ripa in flumine, quod littus in mari. Ripa flumini non subjicitur, ut littora subjiciuntur mari, & quotidianis accessibus ab eo occupantur. At inquit, cujus juris est alveus, ejusdem & ripas esse necesse est: certum autem est alveum proprietate nullius esse, *l.1.§. simili modo 7. de flum. l.7.§. quod si 3. de acq. rer. dom.* At inquam, ut diversa sit alvei & riparum conditio, flumen facit, quod alveum occupat, ripas non item. Qui quod nec alveus simpliciter publicus est, ne tunc quidem, cùm adhuc à flumine tenetur; sed quatenus flumen non obstat, adhuc pars censetur vicinorum agrorum: alioqui quo jure insula manente adhuc alveo in flumine nata vicinorum fieret? quod utique & ripæ proprietatem arguit vicinorum esse: qua de re amplius sub §. *insula 22. & seq. inf. eod.* Rectè igitur Græci, Basil. 46. *tit.* 3. τῶν ὀχθῶν τῶν ἐν τοῖς ποταμοῖς οὐ λέγω δεσποτεία, ἀλλὰ ἡ χρῆσις publica ἐστὶν &c.

TEXTUS.

5. *Littorum quoque usus publicus est & juris gentium, sicut & ipsius maris: & ob id cuilibet liberum est, casam ibi ponere, in quam se recipiat, sicut retia siccare, & ex mari deducere. Proprietas autem eorum potest intelligi nullius esse; sed ejusdem juris esse, cujus & mare, & quæ subjacet mari, terra vel arena.*

NOTÆ.

5. LITTORUM QUOQUE USUS] *l.4. l.5.§.1. l.6. h.t.* atque omnibus patet, sicut & maris, Virg. 7. Æneid. *Littusq; rogamus Innocuum*, & 1. *Hospitio prohibemur arenæ*, ubi Serv.

PROPRIETAS EORUM NULLIUS] A populo tamen aliquo occupata illius populi esse videntur, *l.3. ne quid in loc. publ.*

EIUSDEM IURIS, CUIUS MARE] Littora mari subjiciuntur, & ab eo quotidianis accessibus occupantur; & ideò naturam ejus sequuntur, *l. pen. hoc tit.* Ripa autem ut flumini non subjicitur, nec ejus pars est, ita nec per omnia conditionem ejus sequitur.

COMMENTARIUS.

DE littorum usu & proprietate jam intellectum est: cæterum unum adhuc notandum, quod usum littorum dicit esse publicum & juris gentium: ut intelligas, usum littorum publicum esse eo jure quod commune est omnibus gentibus: quo scilicet significatu mare juris gentium esse dicit Cajus *l.4. hoc tit. & Iustin.* §.1. *sup. eod.* atque in hoc differre ab usu riparum, qui publicus quidem est jure gentium, sed non juris gentium, hoc est, non communis omnium hominum, sed eorum duntaxat, quibus eo flumine uti jure gentium licet: cujus usus exteros communionem non habere antea demonstratum est. Eadem ferè & Eguinarij Baronis & Iulij Pacii sententia est.

Ejusdem juris, cuius & mare] Mare littora aliis usibus eripiendo sua fecit. Nam, ut ante quoque dictum est, littora mari subiiciuntur, & quotidie ab eo occupantur. Occupatum autem ius & conditionem occupantis sequi necesse est, *l. pen. hoc tit.*

TEXTUS

TEXTUS.

6. *Vniversitatis sunt, non singulorum, quæ in civitatibus sunt, theatra, stadia, & his similia, & si qua alia sunt communia civitatum.*

COMMENTARIUS.

QUæ hic & apud Caium *l.6. §.1. eod.* dicuntur universitatis, alibi etiam publica generali nomine appellantur, ut in *l.6. de contr. emp. §.2. inf. de inut. stip. §. ult. inf. de empt. & vend.* nimirum quia in publico civium usu habentur. Ea igitur, quæ in pecunia aut patrimonio civitatis sunt, quorum usus singulorum non est, huc non pertinent: quamvis & ipsa collata cum iis, quæ propria sunt singulorum, publica quoque dicantur, *l.7. §.1. quod cuiusq. un. nom. l.15. & seq. de verb. sign.* Universitatis autem appellatio latior est, quàm civitatis: nam & collegia & societates, aliaque huiusmodi corpora continet, quibus permissum est ad exemplum reip. habere res communes, arcam communem &c. *l.1. quod cuiusq. un.*

Si qua alia communia civitatum] Ut basilicæ, porticus, balnea, fora, prata & pascua publica, in quæ sc. pecudes immittere singulis civibus jus est: item si quæ collegij alicujus aut societatis communia sunt, veluti pergulæ, ambulacra, exedræ, peristylia, insulæ, stabula, &c. Communio autem harum rerum usus non latius patet, quàm ut publicus sit eorum, qui sunt ejusdem civitatis aut corporis. Hoc enim & superioribus omnino consequens est, & cum instituto convenit eius, qui ea publicavit: si alij utantur, id permissu civitatis fit. Nemo sanè dixerit, usum pascuorum publicorum adeo liberum esse, ut etiam non cives jus pascendi habeant. Ad hunc autem usum tuendum prodita est contra prohibentes actio injuriarum, *l.13. in fin. de injur.* Pertinet huc illud M. Tulli 3. *de finib. Theatrum commune cùm sit, rectè tamen dici posse, eius esse eum locum, quem quisque occupavit*, & 1. *offic.* viæ autem per quas omnibus iter debetur, publicæ sunt, non universit.

TEXTUS.

7. *Nullius autem sunt res sacræ, & religiosæ, & sanctæ: quod enim divini juris est, id nullius in bonis est.*

NOTÆ.

7. NULLIUS IN BONIS] *l.6. §.2. eod.* & ideo hæc quasi nostra vindicare non possumus, *l.23. §.1. D. de rei vind. nullius*, nec proprietate, nec usu profano.

COMMENTARIUS.

QUæ res divini juris sunt, per excellentiam dicuntur nullius esse, scilicet ex comparatione earum rerum, quæ cum & ipsæ nullius sint, usu tamen sunt singulorum, aut ita affectæ, ut in dominium singulis cedere possint. Etenim & quæ humani juris sunt publica omnia, quæ non in pecunia populi, sed in usu publico habentur, comparata cum ijs, quæ singulorum sunt, nullius in bonis esse dicuntur, *l.1. hoc tit. l.6. de contr. empt.* At in rebus divini juris hoc amplius est, quod ne usus quidem earum singulorum est. Feræ quoque bestiæ, volucres, pisces, &c. nullius sunt, si comparentur cum ijs, quæ quisque jam actu habet ac possidet: at ea conditione sunt & natura, ut acquiri possint, & cedant occupanti, *fera inf. eod.* quod secus est in rebus divini juris. Etiam inter ea, quæ nullius sunt, Cajus *d.l.1.* numerat res hæreditarias nondum adita hæreditate: quæ tamen effectu juris omni ex parte privatæ sunt, & hæreditatis esse finguntur, quæ tantisper personæ vicem sustinet, *l. hæreditatis 34. l. hæreditatis 61. de acq. rer. dom.* Res igitur divini juris sunt, quæ hominum potestati & promiscuo usui exemptæ: quodammodo in solius Dei jure ac potestate habentur: quarum tres species hic proponuntur, sacræ, religiosæ, sanctæ: quas singulis §phis deinceps expositurus est.

TEXTUS.

8. *Sacræ res sunt, quæ ritè per Pontifices Deo consecratæ sunt; veluti ædes sacræ, & donaria, quæ ritè ad ministerium Dei dedicata sunt: quæ etiam per nostram constitutionem alienari & obligari prohibuimus, excepta causa redemptionis captivorum. Si quis autem auctoritate sua quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum. Locus autem, in quo ædes sacræ sunt ædificatæ, etiam diruto ædificio*

ficio sacer adhuc manet, ut & Papinianus scripsit.

COMMENTARIUS.

1 *Personam consecrantis qualem esse oporteat.*
2 *Donaria quæ Latinis dicta.*
3 *Sacra privata à publicis non forma consecrandi, sed fine distincta.*
4 *Profanum veteribus quid, & unde dictum.*

RErum divini juris diximus esse tria genera: eaque, ut res, ita etiam nominibus apud nostros distincta sunt: quæ distinctio etiam in schedis Festi reperitur. Alia est apud Macrobium 3. *Saturn.* 3. Plerique autem his nominibus indiscretè utuntur. Ait, res sacras esse, *quæ ritè per pontifices Deo consecrata sunt.* Quæ definitio duo maximè complectitur; formam consecrandi; & personam consecrantis. Formam indicat particula *ritè*, Id est, solemniter, more & instituto majorum, publicè, non privatim, *l. 6. §. sacra l. 9. pr. eod.* Gall. Ælius apud Fest. in voce *Sacer. Ovid. 1. fastor. Templa sacerdotum ritè dicata manu.* De ritu veteri consecrandi vid. *Alex. ab Alex. 6. gen. dier. 14. Connan. 3. comm. 1.* Personam consecrantis oportet rebus sacris præesse: quales apud Romanos erant pontifices, ita dicti à ponte suplicio, quem, quod sacer æstimaretur, in aliqua parte labantem solis pontificibus reficere licebat, cæsa victima & sacrificio perfecto. Reli-
1 quorum quoque sacrorum omnium curam atque potestatem penes collegium pontificum fuisse constat: de quorum officio accuratè scribit idem *Alex. de Alex. 2. genial. 8.* Quid Principes? Etiam eos curam sacrorum & religionum sibi sumpsisse cum apud alios auctores, tum apud nostros legimus, ut in *l. 8. de rel. & sump. fun. l. ult. ut in poss. leg.* & nominatim jus dedicandi seu consecrandi, *in d. l. 9. hoc tit.* An quia & ipsi plerumque pontifices? Id sanè testatur historia, & Dio *lib. 53.* expressè scribit, Principes inter alios titulos etiam Pontificis maximi dignitatem assumpsisse, ut omnes religiones & sacrificia in sua haberent manu. An verò hoc ideo dicitur, quia, ut nonnulli volunt, sicut olim, per legem Papiriam non licebat rem ullam injussu plebis consecrare, teste *Ciceron. pro dom.* ita postea non licuit injussu Principis: ut Pontifex quidem consecrate & solemnia perageret; sed jussu & auctoritate Principis præcedente: maximè si locus publicus consecrandus foret? *arg. d. l. 9.* Principes Christiani curam sacrorum Episcopis demandarunt, aliosque ritus atque cæremonias sublatis gentilibus substituerunt, quæ in dedicandis monasterijs, ecclesijs, domibus orationum observarent, *vid. Nov. 67. & Nov. 131. cap. 7.* Luculentum dedicationis templi exemplum extat *1. Reg. 8.*

Donaria] Non solum ædes aut locus consecrari possunt, sed res etiam mobiles, ut ex memorato Galli Ælii apud Festum loco apparet, & hic significat Iustinianus verbo *donaria*: quo eum mobilia intelligere, puta vestes, ἱερὰ σκεύη, vasa, aliaque utensilia divinis usibus dicata atque consecrata, ostendit *l. sancimus 21. Cod. de sacros. eccles.* Neque hoc contra usum Latinorum scriptorum. Nam quæ Græci ἀναθήματα appellant ab ἀνατιθέναι, quod dicata Diis suspendebantur è tholis, columnis aut parietibus templi. ea Latini *donaria* dixerunt. Apud 2
Macrobium legimus; *Ornamenta sunt clypei, coronæ, & huiusmodi donaria.* Virgilius pro locis accepit, in quibus dona oblata reponuntur, *lib. 3. Georg. circa fin.*

Et uris
Imparibus ductos alta ad donaria currus.

Eamque propriam esse hujus verbi significationem notat Servius: cui suffragatur Cornelius Fronto; *Donum*, inquit, *quod Dijs datur, inde ubi dona ponuntur, donarium appellatur.*

Excepta causa redemptionis captivorum] Item pauperum alendorum tempore famis, si ita premantur, ut vitæ eorum succurrendum sit, *d. l. sancimus*, debitorum quoque ecclesiæ causa, si creditores urgeant, nec aliunde debitum exsolvi possit, *auth. præterea C. de sacros. eccles. Nov. 120. cap. 10. c. aurum 12. quæst. 2.* Bona ecclesiastica huc non pertinent: quippe quæ humanis usibus serviunt, alendis scilicet ministris verbi aut pauperibus; quamvis & ipsa causis quibusdam exceptis prohibeantur alienari, *Nov. 7. add. Schneid. hic. Gudelin. lib. 6. de jur. nov. cap. 13. & 14. Gloss. in cap. semel x de reg. jur. in 6.*

Si quis auctoritate sua] Id est, non publicè, sed pri- 3
vatim, *l. si §. sacra hoc tit.* Quæsierit aliquis, cùm Romanis nihil sacrum fuerit; nisi quod publicè consecratum, qui fiat, quod nihilominus eos sacra habuisse privata legimus? *Cic. 3. de leg. l. 1. de rit. nupt. l. 9. §. 1. ad leg. Iul. pec. l. 4. C. de crim. exp. her.* Resp. Distinctio illa non à forma dedicandi, an personis dedicantium, sed à fine sumpta est: quod privata pro salute familiæ, publica pro populo consecrabantur, *vid. Rosin. 8. antiq. tit. 6.* Potuit sanè quisque privatim suæ religionis causa aliquid Deo dedicare. quod pro sacro ipse haberet: verum id Pontifices Romani non æstimabant sacrum: ac proinde ulla obstringebat religione successores: quod ex eodem Gallo Ælio apud Festum discere possumus, & M. Tullio *lib. 12. epist. ad Attic. epist. 19. 34. & 35.*

Profanum] Varro *5. de ling.* fana ait nominata 4
esse, *quod Pontifices in sacrando fati sunt finem: inde profanum, quod est ante fanum, id est, con-*

iunctum

junctum fano. Trebatius profanum id propriè dici existimat, *quod ex sacro vel religioso in promiscuum hominum usum conversum est.* Macrobius autem *lib. 3. Saturn.* scribit, profanum omnes penè consentire id esse, quod *extra fanaticam causam sit, quasi porro à fano & religione secretum.* Utut est, constat, nostros res profanas sacris & religiosis opponere solere.

Adhuc sacer manet] *d. l. 6. §. 3.* Ideoque venire non potest *l. ade sacra 73. de contr. empt.* Traianus ad Plinium *lib. 10. epist. Si adu sacra Claudij collapsa sit, religio ejus occupavit locum.* Planè quæ loca ab hostibus capta sunt, sacra esse desinunt: at ea calamitatè liberata quasi postliminio pristinum statum recipiunt, *l. cum loca 36. de religios. Cic. phil. 9.*

TEXTUS.

9. *Religiosum locum unusquisque suavoluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. In communem autem locum purum invito socio inferre non licet: in commune verò sepulchrum etiam invitis cæteris licet inferre. Item si alienus ususfructus est, proprietarium placet, nisi consentiente usufructuario, locum religiosum non facere. In alienum locum consentiente domino licet inferre: & licèt posteà ratum non habuerit, quàm illatus est mortuus, tamen locus religiosus sit.*

NOTÆ.

9. INVITO SOCIO] *l. 6. §. 4. D. com. div. d. l. 2. in fin. pr. de relig.* quod tamen tempera cum Callistr. *l. 41. eod.*

SI ALIENUS USUSFRUCTUS] huius loci interpretem habes Ulp. *l. 2. §. 1. & §. si usumfructum 7. eod.* ubi discimus, quod proprietatio non licet, id neque fructuario licere.

RATUM NON HABUERIT] In π Flor. *ratum habuerit*, quam scripturam & Th. & Basil. confirmant: ut sensus sit, ratihabitionem æquipollere mandato, potest tamen & vulgata defendi? quia sufficit ab initio consensisse.

COMMENTARIUS.

1. *Antiquos privata sepulchra habuisse extra urbem in agris, hodie autem ferè in urbe mortuos sepeliri in locis publicè ad eam rem destinatis.*
2. *Cenotaphium, seu tumulum inanem religiosum non esse.*
3. *Vt locus religiosus fiat, necesse esse, ut is qui mortuum infert, sit pleno jure dominus loci, & quædam consectaria inde deducta.*
4. *Verba huius §. postrema tam commodum sensum habere, quàm lectionem Codicis Flor. in π.*

RELIGIOSUM] Generali huius verbi appellatione etiam sacra contineri arguit notatio vocis *religio*, sive à relegendo eam deducas cum Cic. 2. *de nat. Deor.* sive cum S. Sulpitio, ut auctor est Macrob. 3. *Satur.* 3. à relinquendo, sive à religando cum Lactantio 4. *Instit.* 28. At hîc & passim in libris nostris strictius accipitur, & locum notat, ubi mortuus aut sepultus humatus est: quæ significatio & Festum Pompeium auctorem habet.

Vnusquisque sua voluntate] Ad differentiam sacri. Locus sacer non fit, nisi publicè per pontificem sacretur: religiosus fit propria cuiusque voluntate, cadaver aut ossa inferentis in locum suum. Notandum hîc in transcursu, antiquos privata sepulchra habuisse extra urbem in agris: nam in urbe mortuos sepelire lege vetitum erat, *Cic. 2. de leg. l. 3. §. divus de sepult. viol.* idque aliis etiam populis in more positum fuit: qua de re consule *Pet. Greg. lib. 33. Syntagm. c. 33.* Quæ quisque sibi & familiæ suæ sepulchra constituebat, familiaria dicebantur: quæ sibi & hæredibus suis, vel quæ paterfam. jure hæreditario acquisierat, hæreditaria, *leg. 5. l. 6. in pr. de relig. & sumpt. fun.* Hodie autem, ut notum est, locis publicis ad sepulturam utimur, à magistratu sepeliendis mortuis destinatis: cœmeteriis ferè, aut ipsis etiam ecclesiis: in quibus tamen privatum sepulchrum habere nihil vetat, quod & hæredibus relinqui, & ad usum sepulturæ etiam aliis vendi possit, *Grot. 2. introd. cap. 1. Monac. in l. 4. C. de religios.* Superstitiosi nimis in hac re sunt canones, *cap. 1. 13. quæst. 1. cap. aurum 12. quæst. 2. cap. adhæc 4. de relig. domib.* 1

Dum mortuum infert in locum suum] His verbis docemur, duo esse necessaria ut locus fiat religiosus; ut in eum mortuus inferatur; ut inferatur à domino loci. Primò non consecratione aut verbis solemnibus locus religiosus efficitur, sed illatione mortui: unde sepulchrum ab Ulp. definitur, ubi corpus ossave hominis condita sunt, *l. 2. §. sepulchrum de relig.* Ac ne totus quidem locus, qui sepulturæ destinatus est, corpore condito religiosus fit, sed quatenus conditum aut humatum est, *d. §. sepulchrum.* Ex quo efficitur, quod Divi fratres rescripserunt, Mausoleum inane sive monumentum purum, memoriæ tantùm causa factum, quod Græci κενοτάφιον appellant, Suetonius *c. in* 2

Claud. tumulum honorarium, religiosum non esse, *l. 7. h. t. l. 6. in fin. l. monumentum 42. de relig.* licet contra senserit Marcianus, motus auctoritate Virgilii, ut ipse ait, *l. 6. in fin. hoc tit.* nec dubium, quin iis poëtæ versibus, quos ex *lib. 3. Æneid.* citat D. Gothof. ubi de Andromache hæc ait Æneas;

Manesque vocabat
Hectoreum ad tumulum, viridi quem cespite inanem
Et geminas, causam lacrymis sacraverat aras.

Similis locus est eiusdem poëtæ *lib. 6.* ibi sic ad Deiphobum idem heros;

Tunc egomet tumulum Rheteo in littore inanem
Constitui, & magna Manes ter voce vocavi.

Denique si ossa hominis aut corpus conditum duntaxat loco religionem afferunt, consequens est, ossibus aut reliquiis effossis & translatis, locum religione solvi, *l. cum diversis 44. §. 1. de relig.* quanquam effodere vel eruere non licet sine decreto Pontificum aut jussu Principis, *l. 8. eod.* Alterum, quod ad 3
locum religione obstringendum necessarium esse diximus, est, ut is mortuum inferat, qui est loci dominus: neque sufficit pro parte indivisa dominum esse, aut nudam loci proprietatem habere, sed necesse est, ut is, qui infert, dominus sit in solidum & pleno jure. Hinc deducuntur hæc consectaria. 1. Nemini jus esse inferre in locum, qui in totum alienus sit, utique invito loci domino: nam consentiente eo inferre licet, & locus hac illatione religiosus fit, *hoc §. in fin. l. 6. §. religiosum eod.* 2. Non licere inferre in locum communem purum invito socio, hoc item *text. l. 6. §. si quis comm. div. l. 3. in fin pr. de relig.* quod tamen sic temperat Callistratus, ut aliquis ex sociis in communi loco etiã sine consensu cæterorum sepeliri possit, si non sit alius locus, ubi commodè sepeliatur, *l. si plures 41. d. tit.* De loco puro Jurisconsultos loqui apparet: nam in communi sepulchro quin unus ex sociis etiã obnitentibus cæteris sepeliri possit, nulla dubitatio est: quippe cùm ad hunc ipsum usum is locus comparatus sit, *d. l. 6. §. pen. hoc tit. l. 6. §. si quis comm. & hoc text.* 3. Non posse proprietarium invito fructuario inferre aut locum religiosum facere, ut hoc item *§. & l. 2. §. si usumfructum de relig. l. locum 17. de usufr.* Quorũ omnium hæc ratio est, ne domini, socii, fructuarii conditio sine facto eorum deterior fiat, re cõmercio exempta. Planè si proprietatis dominus testatorem intulerit, qui usumfructum legavit, cùm in alium locum inferri tam opportunè non posset, placet locũ religiosum fieri, *d. l. 17. de usufr. d. l. 2. §. 7. de relig.* 4. Postremò quod proprietario non licet invito eo, qui usumfructum habet, id multo minus huic licere debere, non concedente proprietario, *d. l. 2. §. 1. & 7.*

Locum purum [Id est, qui humani juris est, βέβηλον profanum; *d. l. 2. §. purus & passim eod. tit.* Aliquando opponitur ædificato, ut in *l. ult. in pr. de pign. act.* Varro quoque *lib. 4. de ling.* scribit, pura loca appellari areas in urbe.

Licet postea ratum non habuerit] Ita vulgò hic legitur & apud Marcianum *d. l. 6. §. religiosum hoc tit.* unde hæc transcripta sunt. Neque incommodum sensum habet hæc lectio: sufficit enim ab initio 4
consensisse; cùm quod semel placuit, postea displicere non possit *cap. quod semel de reg. iur. in 6. l. nemo potest 75. eod. l. 5. C. de obl. & act.* In π autem Florentinis affirmativè hic locus legitur, *licet postea ratum habuerit*, nec minus rectè: ut sit sensus; Licet locus alienus, in quem sine consensu domini mortuus illatus est, ab initio religiosus non sit; tamen si is postea consenserit, locum religiosum fieri; quod hæc sit natura ratihabitionis, ut mandato comparetur, *l. semper 60. de reg. jur. c. ratihabitionem π, eod. in 6.* Cæterum ut hoc quoque obiter addam, etsi illatione mortui in alienum locum, locus non efficitur religiosus: non licet tamen domino propria auctoritate ossa illata aut corpus tollere, *l. 8. de relig.* sed actio ei in factum datur, per quam is, qui intulit, aut tollere id, quod intulit, aut loci pretium præstare cogitur, *l. 7. d. tit.* Pretio autem præstito non est dubitandum, quin locus religiosus fiat.

TEXTUS.

10. *Sancta quoque res, veluti muri & porta civitatis, quodammodo divini juris sunt; & ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia pœna capitis constituta est in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideo & legum eas partes, quibus pœnas constituimus adversus eos, qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus.*

NOTÆ.

10. SANCTÆ RES] ex Cajo *l. 1.* Marc. *l. 8.* Ulp. *l. 9. §. 2. h. tit.*

PORTÆ CIVITATIS] Portas sanctas esse negat Plut. *in Romul.* sed nimirum jure pontificio. At nostri portas inter sancta numerant, quia non minus quàm muri inviolabiles.

QUIA POENA CAPITIS] Violare muros capitale est, *l. ult. eod.* De notatione verbi *Sanctus* vid. *l. 8. §. 1. eod.* Fest. in voc. *sagmina*, Agg. Urb. *in comm. ad Front.* Hotom. hic.

SANCTIONES VOCAMUS] *leg. 41. D. de pœn.* Fest.

Fest. in voc. *Sanctum.* Cic. Verr. 6. *Nisi legis sanctionem pœnamq; recitassem.*

COMMENTARIUS.

1. *Sancti appellatio quàm latè pateat.*
2. *Rectène nostri etiam portas inter sancta numerent.*
3. *An capite plectendi & qui muros municipiorum violant.*

1 CErtum est, longè latiùs patere appellationem sancti, quàm hic accipitur: idque vel ex Trebatio discere possumus, qui apud Macrobium 3. *Saturn.* 3. *sanctum,* ait, *interdum idem esse, quod sacrum, idemq; quod religiosum; interdum aliud, nimirum quod venerabile, incorruptum, inviolatum est*: quod & Macrobius confirmat adductis aliquot locis Virgilij. Propriè autem sanctum dicitur, quod vel ab injuria hominum defensum atque munitum est, *l. 8. hoc tit.* Hinc legati iure gentium sancti habentur, *l. ult. de legation.* item reges, teste *Cic. pro reg. Deiot.* Jure Romanorum tribuni plebis *sacrosancti. Liv. lib. 2. Fest. in verb. sacrosanctum.* Aut quod sanctione quadam confirmatum atque subnixum est. Hinc leges & rogationes dicuntur sanctæ, quòd eas impunè transgredi non licet. Hinc denique muri quoque sancti, quia speciali sanctione contra violantium audaciam muniti atque confirmati sunt.

Veluti muri & portæ civitatis] *l. 1. hoc tit. l. 2. ne quid in loc. sacr.* Et muros quidem consentiunt omnes esse sanctos. Cæterum de portis dissentire videtur Plutarchus, qui τὰ τοῖς Ῥωμαικοῖς τείχη, id est, *sanctos* esse scribit, portas non item: eò quòd per ea cadavera efferantur, aliaque immunda per eas importentur, atque exportentur. Sed hoc ille longè alio sensu, quàm nostri, nimirum jus Pontificium ex libris ritualibus, secutus. Quippè Romani in designanda urbe adhibitis more Hetrusco certis sacris muros aratro circumducebant, atque ambiebant: ubi verò portæ futuræ erant, id loci non sulcabant, ne quid religionis contraherent: sed aratrum suspendentes portarum spatia relinquebant intacta. Consulatur Varro 4. *de ling. Lat. Alex. ab Alex. 6. gen 24. Alciat. l. pupillus 239. §. urbs. de verb. sign. Cœl. Rhodig. l. 14. c. 5.* Hinc mœnia jure Pontificio sancta habebantur, portæ non item. At nostri portas ideò inter sancta numerant, quia eas non magis quàm muros violare fas est, aut aliquid in eas delinquere.

2 *Quodammodò*] Rectè *quodammodò* πέρατος τινα, neque enim propriè hæ res divini juris sunt, ut res sacræ & religiosæ: sed propter similitudinem quâ cum rebus sacris & religiosis habent, divini juris esse dicuntur: quia scilicet nec ipsæ cujusquam sunt aut proprietate aut usu promiscuo. Forassis tamen muri, quod auspicato & solemni sacrificio signabantur, etiam propriè in rebus divini juris habiti sunt, *Vid. Alciat. d. loc. Riccium vindiciar. jur. præmiss. c. 7.* qui ob id hunc locum ita distinguendum putat, *veluti muri & porta civitatis, quodammodò divini juris sunt.*

Ideò autem muros sanctos] Notatio verbi *sanctus.* Marcianus *l. 8. §. 1. hoc tit.* à sagminibus legatorum deducit, id est, verbenis seu herbis puris, quas legati populi Romani ferre solebant; ne quis eos violaret. Sed quæ hic traditur, & Festum auctorem habet in voce *sagmina,* & Aggenum Urbic. *in comm. ad Frontin.* qui utrumque & *sanctum,* & *sagmina* à sanciendo, id est confirmando, deducit. A sanguine tamen confictum esse hoc vocabulum, vel ex consuetudine sacrorum solemnium, quam Sallust. *in Catilin.* commemorat, putat D. Hotomannus.

Quia pœna capitis] Violare muros capitale est: sicuti si quis scalis admoris aut qualibet alia ratione transcenderit. Nam cives Romanos alia, quàm per portas egredi, non licet: cùm illud hostile & abominandum sit. Nam & Romuli frater occisus traditur, quod murum transcendere voluerit. Hoc Pompon. *l. ult. hoc tit.* Marcus autem Tullius 3. *de offic.* scribit, speciem utilitatis eo animum impulisse Romuli, cui visum erat utilius solum se, quàm cum altero regnare. *Omisit hic,* inquit, *& pietatem & humanitatem: & tamen muri causam opposuit, speciem honestatis neque probabilem neque idoneam.* De muris 3 municipiorum dubitatum est, an & qui eos violant, pœna capitis puniendi sint. Vulgò placet non esse; sed huiusmodi homines pro qualitate delicti arbitrio judicis extra ordinem plectendos, *Bart. in d. l. ult. Ang. Mynsi. Schneid. & alij hic.* Quæ sententia sanè benignior est. Nec obstat, quod etiam muri municipiorum sancti sunt, *l. 8. §. 2. hoc tit.* neque enim quicquid sanctum est, ejus violatio continuò capite plectitur: aut quod capite non plectitur, sanctum non est. Satis enim est ad hoc, ut sanctum sit, ut ab iniuriis hominum defensum, aut sanctione aliqua subnixum sit, *d. l. 8 in pr. l. 9. §. 3. eod.* Sanè in bello si quis vallum transcendat; aut per muros castra ingrediatur, capite punitur, *l. 3. §. nec non 17. de re milit. vid. Gothofr. Buss. ad d. l. ult. & Autumn. ibid. ut conser. jur. Franc.*

Ideò & legum, &c. sanctiones vocantur] *l. sanctio 41. de pœn.* Inconcinna autem est illatio. Fortassis ab effectu ea pars legis, qua pœna constituitur, speciatim sanctio dicitur, quia efficit, ut legi sua auctoritas & sanctitas constet, *argum. d. l. 9. §. 3. hoc tit.* nam generaliter leges ipsas sanctiones vocari, satis notum est. Scholastes ad illud Horatij: *Sanctarum inscitia legum. Aut partici-*

cipium est à Sancio, id est, firmatarum: aut sanctarum, id est, sacrarum, ut fœdus sanctum dicitur & sacrum.

TEXTUS.

II. *Singulorum autem hominum multis modis res fiunt: quarumdam enim rerum dominium nanciscimur jure naturali, quod sicut diximus, appellatur jus gentium: quarundam verò jure civili. Commodius est itaque à vetustiore jure incipere. Palam est autem, vetustius esse jus naturale, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit. Civilia autem jura tunc esse cœperunt, quum & civitates condi, & magistratus creari, & leges scribi cœperunt.*

NOTÆ.

II. MULTIS MODIS] Duplici quidem jure, sed varijs modis: qui tamen modi sunt ex jure gentium, memoriæ causa ad duos commodè revocari possunt, ad factum nostrum seu occupationem, & ad rei nostræ vim ac potestatem.

COMMENTARIUS.

1 *Quæ in hac secunda parte hujus tituli potissimum spectanda.*
2 *Perperam in hac disputatione dominio opponi commercium.*
3 *Quid sit dominium, & quam largè nonnunquam ea vox usurpetur.*
4 *Modos acquirendi jure gentium dominij ad duos commodè revocari.*

SEcunda pars hujus tituli: cui respondet titulus ff. *de acquirendo rerum dominio.* Huc usque disputatum de differentia & jure earum rerum, quæ extra patrimonium sunt. Sequitur nunc alterum rerum genus, earum videlicet, quæ sunt in patrimonio; quæ ob id etiam privatæ dicuntur & singulorum propriè. Hæ res variè item distingui possunt. Nam primò quædam sunt universales; quæ vel rationem totius habent, ut hæreditas, universum alicujus patrimonium; vel generis, ut fundus, homo, vestis: quædam singulares, ut hic fundus, hic homo, hæc vestis. Quædam item corporales sunt, quædam incorporales, de quibus *tit. seq.* Corporalium iterum quædam mobiles aut se moventes, quædam immobiles; *l. moventium 93. de verb. sign. l. 15. §. 2. de re jud.* Duo verò præcipuè hic nobis spectanda; id quod in hisce rebus singulorum est, ejusque acquisitio. Quod singuli in his rebus habent, id vel est jus in rem, vel jus ad rem. Jura in rem sunt hæc; dominium, (tum plenum; tum minus plenum, quod quasi dominium & utile vocant; qualia sunt jus emphyteuticum & superficiarium) usus, ususfructus; jura prædiorum; jus possessionis, pignus sive hypotheca. Jus ad rem est, quod uno nomine dicitur obligatio sive creditum. Jus in rem D. Grotio est *beheering*: jus ad rem sive in personam, *inschult.* Idem jus in rem distinguit in jus possessionis, *besitrecht*; & jus dominij vel quasi, quod *eygendom* vocat; eaque voce reliqua in re jura comprehendit, *lib. 2. manuduct. cap. 1.* Doctissimus Diod. Tuldenus dominio non obligationem, sed 2
commercium opponit. Non rectè, ut mihi videtur, in disputatione proposita. Nam commercium non est res externa, quæ in bonis nostris computatur, quam acquirere, alienare, legare, hæredibus nostris relinquere possumus, qualis est obligatio: sed jus personæ, quod non omnes, qui in civitate sunt, habent. Est enim jus emendi vendēdique, aut potius jus contrahendi cum aliquo, *l. 5. de just. & jur. l. quod si minor 24. §. 1. de minorib. Vlpian. tit. 19. §. 4.* Unde quæ res vendi in stipulationem aut conventionem deduci non possunt, commercio dicuntur exemptæ. Denique obligatio, quæ ex maleficio oritur, etiam huc pertinet: at eam nolim dicere esse ex commercio. Nam commercij significatio apud Latinos tam latè non patet, quàm apud Græcos συναλλάγματος, ut tam συναλλάγματα ἀκέσια, quàm ἐκόσια, complectatur. Quod ad acquisitionem attinet, ea quoque non est unius modi: aliter enim dominium & jura illa in re à dominio separata acquiruntur; aliter obligatio sive creditum, sicut ex progressu apparebit: in quo si fortè methodi leges non satis accuratè Compositores observarint, id non tam in ijs reprehendendum, quàm sæculo condonandum est. De modis acquirendi dominij, ut præcipui & summi in rebus juris, initium faciunt. Dominium est plena in rem potestas, *§. ult. inf. de usufr.* sive jus de re pro arbitratu 3
statuendi, *l. in re 21. C. mand.* Hoc idem jus à re quæsita proprietas dicitur, *leg. 7. §. ex diverso 12. l. 13. hoc tit. de acq. rer. dom. l. 12. §. 1. de acq. poss.* quanquam proprietatis vocabulo sæpè in jure nostro nuda proprietas significatur, à qua scilicet ususfructus separatus est, ut passim in *tit. de usufr.* quod & in voce dominij contingit, *l. 6. §. ult. C. de bon. quæ lib.* & videntur veteres dominium propriè de re corporali dixisse, *arg. tit. ff. de acq rer. dom. & tit. ff. & C. de rei vind.* ut tamen interdum largius eandem vocem acceperint de omni jure, quo res aliqua nostra est, ut in *l. 17. quib. mod. usf. am. l. 10.*

§. 3. hoc

§. 3. *hoc tit. l. 3. si usufr. pet.* quo loco & possessio de re incorporali simpliciter prædicatur, quam tamen propriam esse constat rerum corporalium.

Multis modis] Privata nulla sunt natura, ait M. Cicero *lib. 1. de offic.* sed aut veteri occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt, aut victoria, ut qui bello potiti sunt.

Nam propria telluris herum natura nec illum,
Nec me, nec quemquam statuit.

ut alicubi Horatius. Modi acquirendi multi sunt & varii, tum iure gentium, tum iure civili; qui tamen ad paucos memoriæ causa commodè revocari possunt; & mea quidem sententia, qui ex iure gentium sunt, commodissimè ad duos. Quicquid enim iure gentium nobis acquiritur, id vel facto nostro seu occupatione acquirimus, vel vi & potestate rei nostræ. Occupationis enim species sunt non tantùm venatio, aucupium, piscatio, sed etiam specificatio, inventio & apprehensio rerum, quæ nullius sunt, quæve dominum habere desierunt; quæ ex hostibus capiuntur; postremò etiam, quæ transferuntur voluntate domini: quæ omnia suis locis demonstrabimus. Vis ac potestas rei nostræ duplex est; ut quicquid ex re nostra nascitur, nostrum sit, ut quæcumque rei nostræ accedunt, rem nostram eiusque conditionem sequantur: quorum alterum generali nomine fœtura appellari potest; alterum accessio.

Quod appellatur ius gentium] Hoc ideò additum, ne quis putet hic intelligi ius naturale, quod omnium animantium inter se commune est: sed quod proprium est generis humani, sive ut Gaius *l. 1. hoc tit.* id explicat, quod ratione naturali inter omnes homines peræquè observatur. Et perpetuum hoc esse scribit Castrens. in *l. 1. de pact.* ut ius naturale, cùm ad actus refertur, qui hominum proprii sunt, pro iure gentium seu humano accipiatur. Proprium autem hominis est habere in dominio. Quod autem ait Iustinianus, hoc ius cum ipso genere humano proditum esse, id de iure gentium primævo rectè dicitur, de secundario non item; ex quo tamen sunt nonnulli acquirendi modi, de quibus hoc titulo agitur. Respexit fortassis Imperator formas rerum acquirendarum præcipuas; quæ ex illo iure antiquo originem habent. Cæterum & de iure gentium secundario, eoque, quod pro certo rerum statu naturale est, hæc accipienda πυρρωτικῶς.

TEXTUS.

12. *Feræ igitur bestiæ, & volucres, & pisces, & omnia animalia, quæ mari, cælo & terra nascuntur, simul atque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt: quod enim antè nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur: nec interest, feras bestias & volucres, utrùm in suo fundo quis capiat, an in alieno. Planè, qui alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, potest à domino, si is prævideri, prohiberi ne ingrediatur. Quicquid autem eorum ceperis, eousque tuum esse intelligitur, donec tua custodia coërcetur. Cùm verò tuam evaserit custodiam, & in libertatem naturalem sese receperit, tuum esse desinit, & rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cùm vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit ejus persecutio.*

NOTÆ.

12. FERÆ BESTIÆ] Ex Caio *l. 1. §. 1. leg. 3. l. 5. hoc tit.*

IN SUO FUNDO, AN ALIENO] Quocumque enim loco feræ sunt, dummodo sint in libertate naturali, nullius sunt. Hæc mirificè conveniunt cum traditionibus Hebræorum, de quibus Selden. *de jur. nat. juxt. disc. Hebr. c. 4.*

PROHIBERI, NE INGREDIATUR] Nam in prædio alieno invito domino venari non licet, *l. 16. D. de serv. pr. rust.* & si quis id fecerit: tenetur actione iniuriarum. *l. 13. §. ult. de injur.* Cæterum captum nihilominus capientis fit; quia prohibitio conditionem animalis non mutat.

IN LIBERTATEM NATURAL.] Quod venando acquisitum est, ubi id custodia nostra elapsum in laxitatem naturalem se recepit, nostrum esse desinit, & rursum occupantis fit, *l. 3. §. 2. eod.*

DIFFICILIS] Non tantùm ergo, si impossibilis, ut malè Accurs. *l. 5. pr. l. 44. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Unde æstimandum, utrùm animal ferum sit, an mansuetum.*
2. *Feras etiam in fundo alieno captas fieri capientium, & quid de piscibus captis in alieno stagno.*
3. *Quid si quis fundum alienum contra prohibitionem domini ingressus feram ceperit.*
4. *Venando capta non diutius nostra manere, quàm quamdiu in potestate nostra sunt.*

EX modis rerum jure gentium acquirendarum primus & præcipuus est occupatio; quæ quam latè pateat, ex iis, quæ paulò antè dicta sunt, intelligi potest. Hoc loco, & quatuor §§. *seqq.* descriptis ex *l.3.* & *l.5. eod.* agitur de ea occupatione, quæ ferarum est, & venatio in genere appellatur; cujus species sunt, venatio quadrupedum, aucupium, piscatio. Igitur feræ bestiæ, quadrupedes, volucres, pisces, simul atque ab aliquo captæ, hoc est, apprehensæ & in manum ac potestatem alicuius redactæ sunt, jure gentium statim illius esse incipiunt. Estque hoc genus acquisitionis longè antiquissimum, ipsaq; adeò lege creationis concessum, *c.1. Genes.* & *Psal.8.* quæ & Stoicorum sententia est, teste Cicerone 1. *offic.* & Aristotele 1. *pol.* 4. cum aiunt, omnia, quæ in terris gignuntur, ad usum hominum naturam creasse.

Feræ] Ferum est, quicquid à cicure discretum est: nam feras generali nomine appellamus omnia animalia, quibus à natura vis infinita insita est liberè vagandi in terra, mari, aëre: unde feras à ferendo dictas volunt, quod naturali suo impetu ferantur, vel quod è conspectu hominum se auferant in solitudines. Neque excludimus, quæ hominum commercio manuefacta sunt. Nam utrùm ferum sit animal, an manuetum, ex natura æstimãdum est, non ex assuefactione, §. *pavonum* 15. *inf. eod.* Cæterùm quæ hoc §. traduntur, ad occupationem earum ferarum pertinent duntaxat, quæ vel à nullo adhuc occupatæ sunt, vel occupatæ naturalis suæ libertatis iterum factæ sunt compotes. 1

Cælo] Cælum pro aëre, ἀέρα δι' ἣν πνεῖ κατὰ τὸ τῶν ἀθλητῶν εἶδος τὸν ἀπὸ ἡμᾶς ἀέρα μέχρι χώρας τινὸς φησὶν Γαλῆν. *Galen. comm. 2. in 1. Hipp. de morb.* atque ita etiam sacri scriptores accipiunt, *Matth.c.6. vers.26.* ἐμβλέψατε εἰς τὰ πετεινὰ τοῦ οὐρανοῦ.

Quod antè nullius est] Modò ita affectum sit, ut alicujus esse possit: nam res, quæ commercio hominum exemptæ sunt, ut res divini juris & publicæ, satis constat, ad hanc regulam non pertinere, quamvis & ipsæ nullius sint: nec item res hæreditarias; quas quamdiu hæreditas adita non est, inter res nullius numerat Gaius *l.1. de rer. div.* nam hæreditas interim pro domino est. *l hæreditas 1. & 2. hoc tit.* Simile axiomati proposito est illud Quintiliani *declam.13. Quod omnibus nascitur, industriæ præmium est.* Plaut in *Rudent. act.4. scen.3. Meum, quod rete atque hami nacti sunt.*

Nec interest utrùm in suo fundo] Amplificatio regulæ positæ; nimirum etiam in fundo alieno capta capientium fieri. Cujus amplificationis ratio 2
non est obscura: nam quocumque loco feræ sunt, dummodo sint in libertate naturali, nullius sunt, & consequenter transeunt in jus occupantis. Igitur & pisces, qui in alieno stagno sunt, & feræ, quæ in sylvis circumseptis vagantur: quoniam relictæ sunt in naturali libertate, *l.3. §. item feras 14. de acq. poss.* Scio, hoc displicere Hotomanno & Wesembecio. Sed profectò si pisces isti aut feræ à nobis non possidentur, quod disertè scribit Paul. *d. loc.* consequens est nec eorum nos dominos esse. cùm hæc sit natura omnium ferarum; ut dominium earum nec acquiri sine possessione possit; nec retineri: quod vel unus hic §. eos docere debuerat. Concedo tamen, spectatam hic esse locorum consuetudinem, ut & in alijs plerisque, quæ hujus argumenti sunt. Et nostro sæculo contraria opinio prævaluit, ut & feræ silvis privatis & pisces stagnis inclusi, ut possideri, ita in dominio esse credantur; *Grot. 2. de jur. bell. & pac. 8. n. 2. D. Tulden. hic c.17.* quod veteres tum demum admittebant, si feræ vivarijs, pisces piscinis inclusi forent. *d.l 3. §. item feras.*

Potest à Domino prohiberi] Quid si nihilominus ingressus sit & feram cœperit? Vulgò placet, adhuc 3
eam occupantis fieri; & rectè. Nam id regulæ superiori omninò consequens est. Non obstat, quod in prædio alieno domino invito venari non licet, *l.16. de serv. rust. præd.* nam prohibitio ista conditionem animalis mutare non potest: neque efficere, ut id quod captum est, fiat prohibentis: alioqui non nudam prohibenti actionem injuriarum pareret, *l.13. §. ult. de injur.* sed rei vindicationem & condictionem furtivam. *vid. Christin. vol. 5. decis. 81. n. 17. & seqq.* Excipit Angel. & post eum Cantiuncula, nisi fructus fundi in venatione, aucupio & piscatione consistat, *arg. l. venationem 26. de usur. l.9. §. aucupiorum de usufr.* Sed enim si illa verè in fructu sunt, ne inscio quidẽ domino aut ingressum non prohibente capta capientis fient: à communi sententia recedunt, *Cuja. 4 obs. 2. Wesem. ad Schneid. D. Tul. hic c.16.*

Eousque tuum esse intelligitur, &c.] Alia superioris propositionis amplificatio; videlicet eam etiã procedere, etsi fera jam antè capta sit ab aliquo, si ea in naturalem libertatẽ posteà se receperit. Nã quod venando per occupationem acquisitum est, id non 4
diutiùs nostrum manere, quàm quamdiu in potestate nostra & custodia sit: ubi verò evaserit custodiam nostram, & in laxitatem naturalem se receperit, desinere nostrum esse, & rursum fieri occupantis. *l 3. §. 2. eod. Christin. d. decis. 84. n. 20.* Quod ut singulare notandum est in dominio ferarũ: nam aliarum rerum dominium etiam amissa possessione retinetur. Cæterùm ne quis hic judicij æquitatẽ desideret, placuit, ita demum custodiã prioris domini animal semel captũ effugisse & libertatẽ naturalem recepisse videri, si sic evaserit, ut vel oculos domini effugerit,

effugerit, vel sit quidem adhuc in conspectu ejus, sed ita, ut sine summa difficultate id persequi non videatur, *d. l. 5. in pr. l. Pomponius 44. hoc tit.* Qua in re quod bonus judex arbitrabitur, sequendum erit. *Gloss. Porc. Cantiuncula hic.*

TEXTUS.

13. *Illud quæsitum est, an si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intelligatur. Et quibusdam placuit, statim esse tuã, & eousque tuam videri, donec eam persequaris: quod si desieris persequi, desinere tuam esse, & rursus fieri occupantis. Alij verò putaverunt, non aliter tuam esse, quam si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus quod multa accidere soleant, ut eam non capias.*

NOTÆ.

13. QUIBUSDAM PLACUIT] Inter quos & Trebatius, *l. 5. §. 1. eod,*

NON ALITER, QUAM SI CEPERIS] *d. l. 5. §. 1.* Non enim spe & animo feræ nostræ fiunt, sed manu & occupatione, *l. 55. eod.*

MULTA ACCIDERE SOLENT] Sicut est in adagio Græco, *πολλὰ μεταξὺ πέλει κύλικος & χείλεος ἄκρου*, *inter os & offam multa intervenire possunt*, Gel. *13. c. 15.*

COMMENTARIUS.

1. *Non vulneranti, sed capienti feram concedi.*
2. *Cur cum fera statim ut capta est, nostra fiat, non statim quoque ut elapsa est, nostra esse desinat.*
3. *Quid moribus hodiernis circa capturam ferarum juris sit, ejusque defensio, & interpretatio, num. 4. & 5.*

FUere ex prudentibus, interque eos Trebatius, qui existimabant, feram bestiam, si ita à venatore vulnerata sit, ut capi posse videatur, statim venatoris esse, ejusque tamdiu manere, donec illam persequatur. Verùm hæc sententia ideo displicuit, quia ex superiore regula non vulneranti & persequenti, sed occupanti & capienti fera conceditur. Non potest autem dici feram cepisse, qui spem tantùm capiendi habet, cùm multa accidere possint, quæ spem istam frustrentur, & ut fera evadat, *l. 5. §. eod. πολλὰ μεταξὺ πέλει κύλικος & χείλιος ἄκρου*, ut in adagio Græco. Atque ita judicatum refert Christin. *vol. 5. decis. 84. n. 23.* Grotius *lib. 2. man. cap. 4.* notat, eum qui feram ab alio excitatam capit, quamvis dominus feræ fiat, tamen ut inciviliter venantem eo nomine à ministris Saltuarij multari posse. Cur verò, inquis, cùm fera statim ut capta est, nostra fiat, non & ex contrario semel capta, si postea elapsa sit, statim nostra esse desinit, sed tamdiu nostra manet, quamdiu eam cum spe recuperandi persequimur? Nimirum quia possessio, ex qua dominia rerum jure gentium cœperunt, facilius retinetur, quàm acquiritur. Ad acquisitionem non sufficit rem esse in conspectu nostro, ejusque apprehendendæ animum & spem aliquam habere: sed manu occupanda & corporaliter apprehendenda est, *leg. 1. §. 1. l. 3. §. 1. de acq. rer. dom.* Ad retinendam autem possessionem semel quæsitam solus animus sufficit, *d. l. 3. §. saltus 11. l. 1. §. quod vulgo 25. unde vi*, eumque animum tamdiu retinere intelligimur, quamdiu non vana spes est fore, ut mox rem recuperemus: at spe recuperandi sublata, jam animum quoque possidendi nos desinere habere; *fac. d. l. 44. hoc tit. l. 6. §. ult. de acq. poss.* Nostro jure fiunt quidem feræ etiam occupantium: sed non promiscuè omnibus venari permissum est: nam Principes sibi ferè hoc jus vindicarunt; saltem quoad certa genera animantium certosque capiendi modos. Feras minores, puta lepores, cuniculos, nobilibus etiam capere licet certis anni temporibus, dum ne capiant in locis Principi specialiter reservatis: quod jus & nonnullis aliis ratione officii concessum, qui legibus saltuariis continentur. Aucupii laxior libertas, excepto quod longo amite aucupari solius Principis ius est. De iure piscandi alibi à me dictum. Adi *Grot. lib. 2. manud. cap. 4.* ubi latius hæc persequitur. Non solum autem legibus nostris, sed prope omnium rerum pub. & regnorum constitutionibus modus venationibus præscriptus est. Constitutione Frederici Imperatoris verantur rustici retia, laqueos aut alia instrumenta ad capiendas feras tendere, nisi ad ursos, apros vel lupos capiendos: quas bestias credibile est ideo excepras esse, quia tanta earum diritas est atque immanitas, ut publicè interfit eas ab omnibus necari, *lib. 2. Feud. tit. de pace tenend. §. si quis.* Jure Canonico venatione interdictum clericis, ne ac voluptate capti cultum divinum deserant, *cap. 1. & 2. de cler. venat. lib. 4. decretal.* Sunt qui existimant, non posse citra iniuriam lege civili aliquos impediri, ne feras capiant, captasque suas faciant, quoniam iure naturæ, quod immutabile est, hoc omnibus licet. *Tiraq. de Nobil. cap. 37. num. 144. Menoch. cons. 298. num. 18. lib. 3.* & alii relati apud *Fachin. lib. 1. contr. cap. 2.* Sed verius est posse. Est enim hoc jus ex iure naturæ permittente non præcipiente ut semper

per liceat. Jam verò etsi lex civilis nihil potest præcipere, quod jus naturæ prohibet, aut prohibere, quod præcipit; potest tamen libertatem naturalem circumscribere, & vetare quod naturaliter licebat, atque etiam ipsum dominium naturaliter acquirendum vi sua antevertere, *D. Grot. 2. de iur. bell. cap 2. n. 5. & c. 3. n. 5.* quæ etiam est sententia Covarr. *in relect. cap. peccatum de reg. jur. in 6. p. 2. §. 8.* cùm ait, feras, volucres & cætera animalia jure naturæ non esse communia positivè & affirmativè, quia omnium propria sunt, sed negativè, quia nullius sunt, & jure naturali nulli sunt applicata: ac proinde posse lege humana uni potiùs quàm alteri ex justa causa concedi. Non obstat igitur, quod sæpè in libris nostris legimus, jure naturæ liberum esse talia animalia venari. Hoc enim verum est, quamdiu nulla lex civilis intercedit, sicut leges Romanæ res multas reliquerunt in suo primævo statu, de quibus aliæ gentes aliud constituerunt. Cùm autem lex civilis aliud constituit, eam observari debere jus ipsum naturæ dictat. Unde autem nata est tanta juris quondam communis mutatio? Opinor partim ex consensu populorum, quia jus venandi in compensationem curarum & gubernationis Principibus ultrò reliquerunt: partim ex ipsorum Principum potestate, quibus visum sit, publicè expedire, ut communi licentiæ frænum injiceretur, tum ne tota tandem species multitudine venatorum vastaretur, tum ne rustici & plebeij homines studio venationis ab agricultura aut opificijs avocarentur, & fortassis ob alias etiam causas, quas videre est apud *Wesemb. parat. de acq. rer. dom. Covar. prad. loc. Fachin. 1. cont. 1. Card. Tusc. pract. concl. jur. vol. 8. lit. V. concl. 41. Christin. vol. 5. decis. 84. num. 37. & seqq.* Illud scire operæ pretium est, non acquisitioni animalis capti, sed juri venandi derogatum esse. Unde si homo plebeius, aut quis alius, cui jus venandi non est, feram venando ceperit, licet incidat in pœnam legibus constitutam, fera tamen nihilominùs illius fit: & quamvis capta jubeatur capienti auferri, id non tam ideò fit, quia capientis facta non est: sed quasi ab indigno & pœnæ causa: eadem planè ratione, qua laquei, jacula, aliaque id genus instrumenta venatoria hujusmodi hominibus admittuntur. Quod si verò id, quod ita captum est, alteri bona fide accipienti ex justa causa traditum sit, adimi hoc ei non poterit: neque enim furtivum aut alienum possidet, ut ab eo vindicari queat; neque dici potest pœnam legis mereri, qui nihil deliquit, nihil contra legem fecit, *l. aliud est fraus 131. de verb. sign.* Huic non absimile est, quod de fera in alieno fundo capta diximus, eam capientis fieri, quamvis in alieno venari invito domino non liceat. Ita *Covarr. d. §. 8 num. 5. & seq. Christin. ubi sup. n. 17. Gudelin. 2. de jur. nov. cap. 2. Zypai notat. iur. Belg. de jur. fisc. & tit. de venat ferar.*

TEXTUS.

14. *Apium quoque fera natura est. Itaque apes, quæ in arbore tua consederint, antequam ate alveo includantur, non magis tua intelliguntur esse, quàm volucres quæ in arbore tua nidum fecerint: ideoq; si alius ea incluserit, is earum dominus erit. Favos quoque si quos effecerint, eximere quilibet potest. Planè integra re, si prævideris ingredientem fundum tuum, poteris eum jure prohibere, ne ingrediatur. Examen quoque, quod ex alveo tuo evolaverit, eousque intelligitur esse tuum, donec in conspectu tuo est, alioquin occupantis fit.*

NOTÆ.

14. APIUM FERA NATURA] Caius *d. leg. 5. §. 2.* quamvis aliæ alijs magis feræ: unde illa diversa genera apud Varr. *lib. 3. de re rust. cap. 16.* Colum. *lib. 9.* Plin. *lib. 11. c. 18.* qui & eod. *lib. cap. 5.* tradit, apes nec esse feri generis, nec mansueti.

EXAMEN] Non solùm vetus, sed & novum apum recèns natarum, ad quærendas novas sedes extrusarum.

COMMENTARIUS.

1. *Omnes apes natura feras esse, non eas solas quas rei rusticæ scriptores sylvestres appellant.*

QUia de quibusdam animantibus dubitari poterat, sintne natura fera, an mansueta, & maximè de apibus, pavonibus, columbis, gallinis & anseribus, non abs re est, quod hoc loco nos imp. docet, quo numero hæc animantia habenda sint. Ambigi primò potest de apibus, quippe quas Plinius tradit nec mansueti generis esse, nec feri, *lib. 11. nat. hist. cap. 5.* Varro *lib. 3. de re rust. cap. 16.* in feras & cicures distinguit, uti & *Columel. lib. 9.* Plinius *d. lib. c. 18.* in rusticas sive sylvestres & urbanas. Ulpianus autem noster *l. 8. §. 1 fam. erc.* videri potest hæc animalcula in genere mansuetorum habuisse, cùm ex sententia Pomponij respondet, apes venire in judicium familiæ erciscundæ: quia in patrimonio nostro sunt, eumque qui eas amovet, furtum committere. Paulus verò

in

in eadem re feras à cicuribus manifestè separat, *l. si apes 26. de furt.* Sed dubitandum non est, quin, ut diversa sint apum genera, una tamen omnium sit natura, eaque fera & sylvestris, ut hîc ex Gaio *l. 5. §. 2. hoc tit.* refert Justinianus. Liberè enim omnes feruntur & vagantur, nec rarò locum & alvearia mutant, etiam quæ aliquamdiu inclusæ fuerunt. Quamobrem licet Plinio videantur mixti esse generis, fortasse quòd in iis quid observarit, quòd naturam animalis mansueti sapiat: tamen in hoc quod tractamus, argumento pro feris omninò habendæ sunt. Nec obstat distinctio illa Varronis: nam cùm feras à cicuribus non natura, sed loco separet, feras appellans, quæ pascitant in sylvestribus, cicures, quæ in locis cultis habentur, satis apparet, cicures eum vocare, non quæ natura tales sunt, sed cura hominum, cicuresque dixisse pro cicuratis, vel potiùs pro iis, quæ minus feræ sunt, & occupatæ faciliùs mansuefiunt quàm sylvestres. Ulpianus autem *d. l. 8. §. 1. fam. erc.* apertè loquitur de apibus, quæ alveariis jam inclusæ ita assuefactæ sunt, ut ubi evolaverint, eumdem locum spontè repetant: neque aliis apibus feras opponit Paul. *d. l. si apes de furt.* Constat autem, animalia, quæ ex feris mansuefacta atque ita condocefacta sunt, ut ex consuetudine abeant & redeant, cùm de occupatione eorum quæritur, quamdiu illam consuetudinem retinent, eodem jure quo mansueta haberi. Unde rectè argumentatur Quintilianus *declam.* 12. apes, quæ ex alveariis nostris manè evolant; & vesperi domũ sua spontè revolãt, finemq; laboris sui sole metiuntur, nostras esse.

Antequam à te alveo includantur] Num inclusio hæc occupatio est. Quæ autem animalia semel nostra facta sunt occupatione, ea tamdiu nostra manent, neque ab alio occupari possunt, quamdiu possessionem eorum retinemus: *fac. l. 3. §. quidam 16. de acq. poss.* Alveus autem est χειροποιητὸς, putà ex vimine, aut inani cortice: fanum ipsæ sibi apes conficiunt. *Varr. de re rust. cap. 16.*

Volucres quæ in arbore tua nidum fecerint] Quemadmodum volucrum in arbore tua nidificatio non efficit, ut aut ipsæ aut pulli earum tui censeri debeant, ita nec apium in arbore tua consessio facit, ut aut ipsæ aut nova earum soboles tua efficiatur: sed ex regula superiore primò occupanti aut includenti cedunt. Quæ apium eadem & favorum ratio est, si quos fortè in arbore tua fecerint, antequam à te alveis includerentur, *d. l. si apes furt.*

Poteris eum jure prohibere] eodem jure, quo prohibere potes, si prævideris, eum, qui venandi causa tuum fundum vult ingredi, adversus quem si te invito ingressus fuerit, prodita tibi est actio iniuriarum, ut non multò antè didicimus ex *l. 13. §. ult. de injur.*

Examen] Non solùm vetus, sed & novum apum recèns natarum, quæ ex alvearijs ad novas sedes quærendas à parentibus extrusæ sunt, nam si parentum fera natura est, necesse est & feram naturam esse prolis.

TEXTUS.

15. *Pavonum quoque & columbarum fera natura est: nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine evolare & revolare solent: nam & apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam. Cervos quoque quidem ita mansuetos habent, ut in silvam ire & redire soleant, quorum & ipsorum feram esse naturam nemo negat. In ijs autem animalibus, quæ ex consuetudine abire & redire solent, talis regula comprobata est; ut eousque tua esse intelligantur; donec animum revertendi habeant. Nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, & fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere tunc, cùm revertendi consuetudinem deseruerint.*

NOTÆ.

15. PAVONUM ET COLUMBARUM] *d. l. 5. §. 5.* Sed hæ volucres facilè cicurantur & domibus adsuescunt, utique quæ natura minus feræ sunt, minusque abhorrent à consuetudine hominum. vid. Var. *3. de re rust. 7* Colom. *l. 8. c. 15.*

REVERTENDI CONSUETUDINEM DESERUERINT] Ultrò, non si ab alio detenta, *l. 8. §. 1. D. fam. erc.* Hoc autem totum ex circumstantiis judex æstimabit. Wesemb.

COMMENTARIUS.

1. *Pavones & columbas pro feris haberi, etsi non omnes æquè feram naturam habeant.*
2. *Moribus Gallorum & nostris animalia, quæ revertendi consuetudinem deseruerunt, non fieri occupantium.*

SEcundò eadem dubitandi ratio esse poterat de pavonibus & columbis, saltem quoad quædam genera, Nam pavones quod attinet, distin-

guunt rei rusticæ scriptores pavones agrestes, qui insulas & nemorosa loca captant, ab iis, qui in prædiis congregatim pascuntur. Varro *l.3. de re rust.* & Columel *l.8.c.11.* Idem Varro *d.lib.c.7.* duo item esse genera columbarũ tradit: unum agreste, quod habetur in turribus & columinibus villæ, unde & columbæ appellatæ sint: alterum clementius, quod cibo domestico contentum intra limina ianuæ pasci solet. Porrò ex domesticarum & agrestium cõjunctione nasci & miscellum tertium genus. Sed idem hic responderi potest, quod de apibus, esse quædam genera pavonum itemque columbarum, quæ natura minus feræ sunt, minusq; ab hominum consuetudine abhorrent: pro feris tamen omnes haberi: quia facilè avolant, & cum agrestibus sese conjungunt. Certè Cajus *l.5.§.pavonum hoc tit.* & Justinianus hic simpliciter hasce aves earum numero adscribunt, quæ sunt generis feri, quod & D. Grot. facit *lib.2.man c.4.* Meminit quidem & pavonis mansueti Pompon. *l. si pavonem 37. de furt.* sed opinor mansuetum dixisse pro mansuefacto. Illud nullum argumentum est mansuetudinis, quod hæ aves ex consuetudine evolare & revolare solent: nam & apes idem faciunt: & cervos quorum utique fera natura est, ita assuefieri posse constat, ut aliquò abeant, & sponte sua redeant domum. Exemplum cervi ita instituti à Tyrrhei liberis & præsertim Sylvia filia habemus apud Virgilium *lib.7. Æneid.* & alterum cervæ Sertorianæ apud Plutarch. *in Sertor.* Fatendum tamen est, pavonibus & columbis hoc prope modum naturale esse, & placidis in eo similiores, quàm feris.

In ijs autem animalibus] Natura videlicet feris, de quibus hic sermo est; nam in placidis, quæ hominum consuetudine natura gaudent, obtinet, quod ex Gajo traditur *§. seq.*

Cùm revertendi consuetudinem deseruerint] Quod ex circumstantiis judex æstimabit: neq; enim placet eorum sententia, quę desuetudinem revertendi ex una & altera intermissione metiuntur, quamvis id plerique faciunt, teste *D.VVesemb.hic.* Enimverò si quis, verbi gratia, columbas, quæ ex columbariis nostris avolãt & revolant, vetitis rationibus averterit, ita ut animum revertendi abjiciant, dubium non est, quin in factum actione teneantur, & captarum nomine etiam furti *l.8.§.1.fam. erc.* Gallorũ moribus animalia, quæ ex consuetudine abire & redire solent, dominorũ esse non desinunt, nec fiunt occupantium, quamvis custodiam nostram evaserint, & deseruerint animum revertendi, quod maximè in falconibus & accipitribus observatur. *Io. Fab. hic Autumn. coll. jur. Gall. ad l.5. eod.* Idemque de moribus nostris testatur *Groenevv. de ll. abrog. hic.*

TEXTUS.

16. *Gallinarum autem & anserum non est fera natura: idq; ex eo possumus intelligere, quod aliæ sunt gallinæ, quas feras vocamus; item alij sunt anseres, quos feros appellamus. Ideoq; si anseres tui, aut gallinæ tuæ, aliquo modo turbatis turbatæve evolaverint, licet conspectum tuum effugerint, quocumque tamen loco sint, tui tuæve esse intelliguntur: & qui lucrandi animo ea animalia detinet, furtum committere intelligitur.*

NOTÆ.

16. FURTUM COMMITTERE INTELLIGITUR] *d.l.5.§.6.l.41.eod.* Exigit hoc justitiæ ratio, quæ non ex quantitate, sed ex suis regulis debet æstimari.

COMMENTARIUS.

1. *Etiam ob gallinam vel anserem surreptum dari actionem furti.*

POstremò dubitatum de gallinis & anseribus: & harum avium naturam initio feram esse negat Iustinianus, quod Gaius facit, *l.5.§. gallinarum hoc tit.* mox tamen & ille & hîc earum duo genera faciunt, quorum alterum natura sit ferum & agreste, alterum mansuetum & placidum: eamque naturarum differentiam in omni ferè genere animalium animadverti posse testatur Plinius *l.8. c.53.* De generibus anserum & gallinarum & natura cuiusque scripsere idem *Plin.lib.10.c.21. Varr. lib.3.de re rust c.9. Columel.lib.8.c.2. Pallad.l.1.c.30.*

Quocunque loco sunt, tui tuæve] Regula generalis est, ad omne genus animalium mansuetorum pertinens, ea nostra manere, quamvis ita aufugerint, ut neque sint in conspectu nostro, & ubi ea sint, ignoremus, vel quocunque modo hoc acciderit: neque enim in his occupationi locus est. Quapropter etsi lupus ovem meam, exempli causa, rapuerit, ea mea esse non desinet, quamdiu recipi potest: & si fortè eam alius, lupum canibus suis persecutus, eripuerit, suam non faciet; sed reposcenti mihi restituenda, *l. Pomponius 44. hoc tit.* Tres igitur regulæ pro triplici animalium differentia ex his, quæ hactenus diximus, observentur. 1. Feras, quarum libertas vel nunquam adempta est, vel quæ captæ in eam se receperunt,

occu-

occupantis fieri. 2. Animalia mansueta, quocumque loco sint, nostra manere, neque occupatione cuiquam acquiri posse. 3. Mansuefacta ita ut abire & redire soleant, quamdiu eam consuetudinem retinent, jure mansuetorum censeri; deposito revertendi animo, ut cæteras feras, secundùm regulam concedi occupanti.

Furtum committere intelligitur] *l. 5. §. gallinarum d. l. Pomponius 44. hoc tit.* quod & in mansuefactis obtinet, si quis ea animalia, cùm ex consuetudine abire & redire solitæ essent, interceperit, *l. 8. §. l. fam. erc. leg. si pavonem 37. de furt.* Atque his omnibus locis traditum est etiam, actionem furti nomine competere: nempe quia hoc exigit ratio justitiæ, quæ non ex quantitate, sed ex suis regulis debet æstimari. Cui contrarium non est, quod legimus actionem de dolo ob rem vel summam minimam, veluti ob duos aureos, non dari, *l. 9. in fin. eum 2. ll. seqq. de dol.* siquidem actio de dolo, præterquam quod æquè ac furti famosa est, remedium est extraordinarium, atque in subsidium dumtaxat, si alia actio non sit, & res alicuius momenti esse videatur, comparatum, *l. 1. §. ait prator de dol.*

TEXTUS.

17. *Item ea, quæ ex hostibus capimus jure gentium statim nostra fiunt: adeò quidem, ut & liberi homines in servitutem nostram deducantur: qui tamen si evaserint nostram potestatem, & ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.*

NOTÆ.

17. EX HOSTIBUS CAPIMUS] *l. 5. §. ult. l. 7. pr. eod.* Aristot. 1. *pol.* 4. *& 5.*

NOSTRA FIUNT] Jure gentium res hostium eodem loco sunt, quo res nullius, ac proindè eorum fiunt, qui primi earum possessionem nacti sunt, *l. 1. §. 1. D. de acq poss.* & tam res immobiles, quàm mobiles. Capientes intelligendi non tantùm qui per se capiunt: sed etiam qui per alios. In actu belli publico & imperato singuli ut ministri operam navant, & Principi aut populo, qui ministerio eorum utitur, acquirunt; hinc præda & ager ex hostibus captus publicantur, *l. pen. de ad leg. Iul. pecul. l. 20. §. 1 D. de capt.* Extra actum publicum singuli sibi capiunt: quia non capiunt, ut ministri. Grot. *3. de jur. bell. c. 6.*

COMMENTARIUS.

1. *Res hostium veteribus eodem loco fuisse, quo res nullius, & ideò iis concessas, qui primi earum possessionem adepti essent, vel per se vel per alios.*
2. *Agrum hostilem non nisi actu publico capi posse, ac proinde captum fieri publicum populi.*
3. *Moventia & mobilia, quæ in ministerio publico capiuntur, & ipsa fieri populi: aliàs eorum, qui manu capiunt, & quid hodie.*

QUOD hic & apud Caium *l. 5. §. ult. eod.* traditur, ea quæ ex hostibus capimus, jure gentiũ statim nostra fieri, difficultate non caret. Nam alibi legimus, agrum ex hostibus captum publicari, *l. 20. §. 1. de capt. & postlim.* bona captivorum in fiscum cogenda, *l. divus 31. de jur. fisc.* captivos ab Imperatoribus vendi solere, *l. 4. §. 2. de stat. hom.* qui prædam ab hostibus captam surripuit, lege peculatus teneri, *l. Pen. ad leg. Iul. pec.* in corpore Canonum, distribui prædam publico arbitrio, *c. dicat aliquis, c. 23. q. 5.* Apud alios manubias, id est, pecuniam ex venditione prædæ redactam per quæstores inferri in ærarium; *Gell. lib. 13. c. 23. Vellei lib. 2. Cic. 3. epist. 7.* Quæ omnia arguunt, ipsi populo, non singulis, qui capiunt, res hostium acquiri. Et de agro ex hostibus capto omnes consentiunt, eum fieri publicum sive populi. Sed quod attinet ad res mobiles & se moventes, plerique putant, has primo ac jure ipso fieri singulorum, qui manu capiunt: cæterùm duci assignanda; quæ inter milites distribuit, *Bart. in l. 28. de capt. Alex. & Ias. in l. 1. de acq. poss. Covar. in c. peccatum, p. 1. §. 2. n. 6. de reg. jur. in 6.* Alij censent, hæc simpliciter acquiri singulis capientibus. *Vacon. à Vacun. lib. 2. cap. 25. Cujac. 19. obs. 7.* Merenda simpliciter populo aut Principi, cui bellum geritur, *lib. 2. contr. 22.* Sed nulla harum sententiarum probanda. Potuit sanè consensu gentium utrumvis constitui, ut aut capta populo bellum gerenti, aut cuivis, qui manu caperet, in dominium cederent: sed quid voluerint, quærimus. Id verò nos docet Paulus ex Nerva filio, *l. 1. §. 1. de acquir. poss.* nimirum jure gentium res hostium hostibus esse non alio loco, quàm quæ sunt res nullius, ac proinde eorum fieri, qui primi earum possessionem nacti sunt. Non distinguunt in hoc negotio inter res mobiles & soli; neque distinguere debuerunt. Nam quæ nullius sunt, sive immobilia sunt, sive mobilia, semper fiunt capientium; sed tam eorum qui per alios, quàm qui per se capiunt: neque enim servi tantùm aut filiifamil. sed & liberi homines, qui in venando, aucupando, piscando, margaritas legendo operam suam

addixerunt, statim eius, quod ceperunt, possessionem & dominium aliis acquirunt, iis scilicet, quibus operam navant: quippe quæ naturaliter acquiruntur, non modò per nosmetipsos, sed etiam per quemlibet alium, cuius ministerio utimur, acquirere possumus: locumque hic habet, quod dicitur, nihil interesse, utrùm per se quis faciat, an per alium, *l. ea quæ 53. hoc tit. l. 1. §. per procuratorem 20. leg. 3. §. 1. de acq. poss.* Sic apud Græcos, quæ in Olympiis certabant, præmia acquirebant iis, à quibus mittebantur. Igitur res hæc expedienda est cum D. Grotio 3. *de jur. bell. 6. n. 10.* & D. Tulden *in comm. hic, c. 29.* distinctione facta inter actus verè publicos belli, & inter actus privatos, qui fiunt occasione belli publici; ut dicamus, per illos actus res acquiri populo, per hos primò ac directè privatis.

2 Res soli, nisi publico actu, inducto exercitu, impositis præsidiis, capi non solent: & ideò, ut Pomponius respondit, publicatur ager, sive publicus sit populi, qui ex hostibus captus sit, *l. si captivus 20. §. 1. de capt.* Solebant autem Romani, ut hoc obiter addam, agros ex hostibus captos, aut totos publicare, aut partiri in victorem populum, aut per censores locare; interdum modico veteri possessori honoris gratia relicto aut distrahere, aut assignare veteranis, aut certum iis vectigal imponere; quarum rerum passim in legibus, historiis, & agrimensorum commentariis testimonia extant, *vid. l. 15. §. 2. de rei vind l. 11. de evict.* consule porrò *Brisson. 4. select. ant. 1. Pet. Fabr. sem. 3. & 4. Connan. 3. comm. 5.* Mobilia verò & se moventia aut in ministerio pu-

3 blico capiuntur, aut extra illud: priore casu etiam illa populi fiunt, cui hic singuli ut ministri operam navant: nam ut ducibus exercitus prædæ dispensandæ aliquod arbitrium concessum fuerit, tamen actus sui rationem debebant populo: de quo latè *Grot. ubi sup. n. 15.* Posteriore autem casu fiunt singulorum capientium; quia quod extra actum publicū capiunt, non intelliguntur capereut ministri. Atque huc referendum est illud Celsi, *l transfugam 51. § 1. hoc tit. Quæ res hostiles apud nos sunt, non publica sed occupantium fiunt.* Quæ apud nos sunt, hoc est bello exorto, apud nos deprehenduntur. Nam idē & in hominibus observabatur. Quam in rem insignis est locus Triphonini *l. in bello 12. pr. de capt. Verùm in pace,* inquit, *qui pervenerunt ad alteros, si bellum subitò exarsisset, eorum servi efficiuntur, apud quos jam hostes suo fato* (ita legendum, non *suo facto*, ut habent libri) *deprehenduntur.* Fato hoc adscribit Jurisconsultus, quia nullo suo merito in servitutē deveniunt: nam fato huiusmodi adscribere translatitium est. Tale illud Nævi; *Fato fiunt Roma Metelli consules.* Hinc etiam est, quod si quid militeꝰ capiunt non in procinctu, aut in eo, quod facere jubentur, sed in eo, quod promiscuo jure aut solo permissu faciunt, id sibi statim acquirunt: capiunt enim non ut ministri. Talia sunt spolia, quæ detrahuntur hosti in dimicatione singulari. Talia quoque, quæ procul ab exercitu in liberis & iniussis excursibus capiunt. Nunc verò passim usurpatur, ut in direptionibus oppidorum & præliis suum quisque faciat, quod cepit: in excursibus verò capta omnia fiant eorum, qui in comitatu sunt, inter ipsos pro dignitatis ratione partienda.

Vt liberi homines in servitutem] Hoc etiamnum in Lusitania aliisque locis Turcorum imperio vicinis observatur. Cæterùm Christianarum penè omnium gentium velut mutuo consensu comparatum est, ut capti etiam in bello justissimo libertatem retineant, eosque tamdiu duntaxat retinere liceat, donec pretium redemptionis exsolverint, quod *lib. 1.* memini me fusiùs explicasse.

Pristinum statum recipiunt] Igitur & ingenuitatem, quamvis apud hostes manumissi sint: nam ratio postliminij efficit, ut hic quoque locum habeat, quod sæpissimè constitutum est, natalibus non officere manumissionem, *§. ult. sup. de ingen.*

TEXTUS.

18. *Item lapilli, & gemmæ, & cætera, quæ in littore maris inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt.*

COMMENTARIUS.

ACquisitionis naturalis & quidem occupationis species est & inventio. Ea pro duplici objecto distingui potest in duo genera; nam aut earū rerum est, quę nunquam ullius fuerunt; aut earum, quæ desierunt habere dominium, quales sunt thesaurus & res pro derelicto habitę. De priore genere hìc agitur, de altero in *§. thesauros & §. pen. inf. eod.*

Lapilli & gemmæ] Margaritæ, conchylia, corallia, cæteraque, quæ in mari aut littore maris nata, nec ab alio antè occupata, inveniuntur, *l. 3. de rer. div. l. 1. §. 1. de acq. poss.* Quod autem à mari productum non est, sed à navigantibus in tempestate eiectum, vel quod naufragium fluctibus in littus expulsum est, eorum permanet, qui ejecerūt vel naufragium fecerunt, *§. ult. inf. eod.* Inter lapillos & gemmas hoc interesse ex Servio Ulpianus refert, *l. cùm aurum 19. §. gemma 17. de aur. arg. leg.* quod gemmæ propriè dicantur lapides pretiosi, qui natura perlucidi sunt; lapilli, qui sunt contrariæ naturæ: quod discrimen etsi non usquequaque

ab

ab alijs scriptoribus observetur: nulla tamen ratio est, cur ob id Jurisconsultos reprehendat Valla. *vid. Alciat. lib. 4. de verb. sign.*

Statim inventoris fiunt] Inventio species est, ut diximus, occupationis. Non igitur ut quisque hæc videre cœperit & notare oculis, ita statim eius fient, quod quidam putant, sed necesse est, ut possessionem eorum nanciscatur, si mobilia sint, manu apprehendat, si immobilia, ea ingrediatur. *l. 1. §. 1. & ibi Coras. n. 12. l. 3. §. 3. D. de acq. poss. Connan. 3. com. c. 3. Grot. mar. lib. cap. 2.* Cæterum si quis non in totum præoccuparit, sed inventorem jam apprehensioni operam dantem adjuverit, iudicatum fuit, inventorem esse præferendum. *Horat. Rovat. decis. Lucens. 23. D. Tulden. hic c. 13.* Harum autem rerum dominium semel inventori quæsitum etiam amissa possessione retinetur, ut juris est in rebus omnibus, quæ dominio nostro subiectæ sunt, exceptis feris bestiis, quæ ubi custodiam nostram evaserint: unà cum possessione dominium nobis auferunt, quasi jure quodam postliminij in pristinam libertatem reversæ.

TEXTUS.

19. *Item ea, quæ ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt, eodem jure tibi acquiruntur.*

COMMENTARIUS.

Quæcumque jure gentium acquiruntur, ea diximus in summa nobis acquiri duabus rationibus: facto, & occupatione nostra; rei nostræ potestate, ac beneficio. Rei nostræ hæc vis est, ut duo nobis tribuat; fœturam, hoc est, quicquid ex ea nascitur aut provenit; & accessionem, sive quicquid ei accedit, ita ut unitum ab ea trahatur: quæ distinctio docendi causa à nobis retinebitur. DD. vulgò utramque illam rei nostræ vim uno accessionis nomine comprehendunt: cuius deinde duo genera faciunt, discretam, putà fœtus animantiũ; & continuam, veluti alluvionem. Nonnulli, inter quos Cantiuncula & Bachovius, etiam ea, quæ rebus nostris accedunt aut ex iis nascuntur, genere quodam occupationis nobis quæri volunt, non equidem veræ, sed fictæ & commentitiæ, quasi illa quodammodò à re nostra & per eam à nobis occupentur. Sed nihil opus est commentis, ubi sine illis res æquè intelligi potest. Mitto, quòd hæ res etiam ignorantibus nobis acquiruntur, atque adeò invitis. Præsens hic §. ad fœturam pertinet; sequentes aliquot ad accessionem.

Ex animalibus nostris] *leg. 2. l. 6. hoc tit.* item partus editi ab ancillis nostris, *§. pen. sup. de jur. pers.* In summa quicquid res nostra ex se edit, sive ea mobilis sit, sive soli, id nobis hoc jure acquiritur: quamvis de solo fœtu animalium hic sermo. Et placet, hæc statim ipso ortu nobis acquiri, etiam ignorantibus & tantùm non invitis: nimirum vi & potestate rei nostræ, sicut diximus. Planè autem eadem ratione fœtus animalium nostrorum nostri fiunt, qua nostra fiunt, quę in solo nostro nata sunt nimirum ut solum ipsum hæc nostra facit, non satio ulla aut plantatio undecumque profecta: *l. qui scit 25. de usur. l. 11. C. de rei vind.* ita & animalia & ancillæ nostræ, quia instar soli sunt ea, quæ conceperunt, nobis pariunt; nec vis maris inspicitur, quæ similis est fato, *l. 5. §. 2. de rei vin. l. 7. C. eod.* Atque ut fructus à solo nostro separati ideò nostri sunt & manent, quia cùm adhuc solo cohærebant, pars soli intelligebantur: *l. 44. de rei vind.* ita & fœtus ab animalibus nostris & partus ab ancillis editi, nostri manent: quia antequam edantur, portio sunt viscerum matris, *l. 1. §. 2. de ventr. inspic.* Adde quòd fœmina in alendo fœtu omnia confert de suo, quæ & ipsa interim à domino alenda sit. Etsi igitur doctiss. Grot. *2. de jur. bell. cap. 8. num. 18.* juri naturæ magis convenire putat, ut fœtus communicetur cum domino matis, si is non ignoretur; ego tamen in veterum sententiam concedo, ob rationes, quas jam memoravi.

TEXTUS.

20. *Præterea quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi acquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligi non possit, quantum quoq; temporis momento adjiciatur.*

NOTÆ.

20. QUOD PER ALLUVIONEM] *l. 7. §. 1. hoc tit. l. 1. C. de alluv.*

AGRO TUO] Agri tamen limitati jus alluvionis non habent, v. *l. 16. h. t. l. 1. §. de flum.*

FLUMEN] Ad discrimen lacuum & stagnorum, in quibus jus alluvionis non agnoscitur, *leg. 12. h. t.*

INCREMENTUM LATENS] Lucrum minutatim, obscurè, ἡ ἀνεπαισθήτως increscens, ex quo huius acquisitionis defenditur æquitas.

COMMENTARIUS.

1. *Iuri alluvionis locum esse in agris arcifinijs, non in agris limitatis, aut certa mensura comprehensis.*
2. *Quid de alluvionibus juris sit in his regionibus.*

POtestate rei nostræ etiam ea jure gentium acquirimus, quæ rebus nostris ita accedunt, ut iis cohæreant atque ab ijs trahantur: unde hoc genus acquisitionis accessio appellatur. Accessio hæc contingit vel facto & opera hominis, de quo genere *inf. §. si tamen 26.* & multis *seqq. eod.* vel citra eam, naturali operatione & beneficio fluminis. Atque hoc modo quatuor rerum genera nobis acquiruntur; qui latenter per alluvionem à flumine agris nostris adjiciuntur; quæ aperta vi fluminis de alieno avulsa cum prædio nostro unita sunt; insula in flumine nata; alveus à flumine relictus: quæ & totidem §§. ordine explicantur ex Caio *l. 7. § præterea & seqq. eod.* & primum quidem genus in textu propositio. In Cod. etiam tit. est *de alluvionib.*

1 *Agro tuo*] Arcifinio scilicet, qui non alium finem ea parte habet, quàm naturalem, id est, ipsum flumen: nam agros limitatos alluvionem non habere disertè traditum est, *l. in agris 16. eod. & fac. l. 1. §. si insula 6. de flum* Quantum autem ex *d. l. 16.* colligere licet, ager limitatus dictus fuit, ager ex hostibus captus, & deinde à populo vel Principe privatis ita possidendus datus, ut certis limitibus sive finibus jus possessoris circumscriberetur, ut sciretur, quòd extra hosce fines esset; id publicum manere; sive quid accrevisset posteà, id populo accrescere, *vid. Don. 4. comment. 27. Giphan. ad d. l. 16. Connan. 3. comm. 5.* qui hunc locum præ cæteris illustrat ex Aggen. & Jul. Frontino *de qualit. agror. & controversia limit.* Limitatis agris similes sunt, qui certa mensura comprehenduntur, parisque in hac re juris cum limitatis esse debent, ut jus alluvionis non habeant, cùm possessores eorum ultra assignatum modum nihil possidere possint, *Connan. d. loc, Grot. 2. de jur. bell. c. 8. n. 12.*

Flumen adjecit] Ad differentiam lacuum & stagnorum, in quibus jus alluvionis non agnoscitur. Etenim ut sola flumina fluxum & motum naturalem habent, quo fit, ut ripas suas & terminos sepè mutent, ita & sola alluvionem admittunt. Lacus autem & stagna licet interdum crescant & decrescant: tamen quia terminos suos retinent, alluvionem natura non recipiunt, *l. lacus 12 eod.*

Incrementum latens] Alluvionem dicit esse incrementum latens, cùm quid ita paulatim & obscurè prædio nostro adjicitur, ut sensu percipi non possit, quantum quoq; temporis momento alterius prædio detrahatur, & adjiciatur nostro, ἀυξησις ἀνεπαισθητος. Ex quo crescit hujus acquisitionis æquitas: nimirum, quod quæ alluvione accedunt, ita lentè & obscurè detrahantur, ut intelligi non possit; si fortè de his restituendis quæratur, quorum prius fuerint, aut quibus detracta. De alluvionibus ex professo scripserunt Bart *p. 1. tract. Tyberiad.* & Baptista Aymus tribus libris. In hac regione quid de alluvionibus juris sit, certa aut generali definitione comprehendi non potest. Principis nomine contenditur, alluviones, ut sequelas & appendices fluminum, jura esse solius fisci. Alij contrà id negant, estque hæc res admodum dubia propter diversitatem consuetudinum & rerum judicatarū. Plane in meridionali parte Hollandiæ nemo pridem repertus est, qui jus alluvionis sibi vindicaret, nisi qui diceret, id à Principe sibi esse concessum, aut agrum assignatum eo jure, quo Princeps eum habebat, id est, ad flumen usque: uti olim judicatum est de agris ad Mosam & Isalam sitis, quia & in litteris mancipationum & in libris censualibus semper dicti erant ad flumen pertingere. Illud constat, agros, qui à Principe alicui conceduntur certa mensura definiri, jus alluvionis non habere, & quod extra eam mensuram alluvione accedit, id acquiri fisco. In Zelandia vasallis de alluvionibus non movetur controversia, ne iis quidē qui de civilibus tantùm judices dant, propterea quod cum jurisdictione simul acceperunt agrorum universitatem, salvo eo, quod privatis competit. Nam quoniam hi agri olim Populi aut Principis fuerunt, aut à Principe siccati, vasalli idem juris consequuntur, quod populus aut Princeps habuit, *vid. Grot. 2, manud. 9. & lib. 2. de jur. bell. cap. 8. n. 12. & 15. add. Groenevv. de legib. abrog. hic.*

TEXTUS.

21. *Quod si vis fluminis de tuo prædio partem aliquam detraxerit, & vicini prædio attulerit, palam est, eam tuam permanere. Planè, si longiore tempore fundo vicini tui hæserit; arboresq;, quas secum traxit, in eum fundum radices egerint: ex eo tempore videntur vicini fundo acquisitæ esse.*

NOTÆ.

21. TUAM PERMANERE] *l. 7. §. 2. D. hoc tit.* Ratio est, quia manet eadem species, nec tua culpa aut negligentia, sed violentia fluminis avulsa est.

RADICES

RADICES EGERINT] Quod est argumentum coalitionis. Cæterum, etsi nulla arbor in parte detracta fuerit, tamen postquam ea coaluit, & unitatem cum terra nostra fecit, nostra esse incipit, *l. 9. §. 2. D. de damn. inf.*

VIDENTUR ACQUISITÆ ESSE] In π Flor. numero singulari, *videtur meo fundo acquisita esse*, quâ lectionem flagitat ipse contextus: cum si numero plurativo legas, mutetur subiectum quæstionis. Verum tamen est & arbores jus partis adjectæ sequi.

COMMENTARIUS.

1. *In calce hujus § pro videntur acquisitæ, &c. omninò legendum esse numero singulari, videtur acquisita, &c.*
2. *An postquam pars detracta coaluit, adhuc priori domino superfit actio ad pretium consequendum.*

PRoponitur hic altera accessionis species, quæ à flumine est, & earum rerum, quæ non latenter, sed vi fluminis aperta alieno prædio detractæ & in vicinum invectæ sunt. Hæc à superiore illa multum differt. Nam si pars terræ integra à vicino agro vi fluminis avulsa sit, & nostro prædio adjecta, ea non statim nobis acquiritur, ut acquiruntur, quæ latenter flumen adjicit per alluvionem: sed quamdiu nondum coaluit, & veritatem cum terra mea fecit, manet eius, cujus antè fuit: quia manet eadem species seu idem individuum, ut loquuntur; aut, ut clarius loquar & nostro more, quia, cùm nondum coaluit, partem prædij mei non facit, ut ei credere debeat. Ubi verò coaluit, & tanquam trabali clavo agro meo affixa est, jam ut pars fundo meo cedat necesse est, & mihi jure accessionis acquiritur. Huius igitur acquisitionis flumen ex parte tantùm causa est, & remotior; proxima & potissima coalitio.

1 *Videntur vicini fundo acquisitæ*] Locus mendosus est, & restituendus ex π, Florentinis, in quibus legitur numero singulari, *videtur vicini fundo acquisita l. 7. §. 2. hoc tit.* quam lectionem flagitat ipse contextus, cùm, si numero plurativo legas, mutetur subjectum quæstionis. Non enim de arboribus cum parte fundi avulsis & translatis quæsitum fuit, sed de parte avulsa duntaxat, & prædio alieno adjecta: cumque hac avulsione Iustinianus & Gaius initio negent partem illam statim amitti aut acquiri, quis non vider, quod mox subijciunt de acquisitione, ubi pars detracta cum prædio, cui adjecta est, coaluit, de partis ipsius, non de arborum, si quæ fortè simul avulsæ & translatæ fuerint, (quanquam & ipsæ jus partis adiectæ sequuntur) acquisitione esse intelligendum? Et quid si nulla arbor in parte detracta fuerit? an dicemus, partem detractam sine arboribus coalescere & uniri cum prædio, cui adjecta est, non posse? An verò coalitionem hanc non mutare causam dominij? quorum alterum manifestè falsum est: alterum falsum esse ex Alfeno nos docet Ulpian. *l. 9. §. 2. de damn. inf. quæ.* Mirum est, Cujacium, Hotomannum, Pacium, alioſque, qui hunc locum πλημμελῶς, ut vulgò legitur, legendum etiam contendunt, non considerasse. Igitur ut rem in pauca conferã, portio fundi ita uti diximus detracta & nostro fundo adjecta, si tamdiu fundo nostro adhæserit, ut coaluerit cum eo, & quod argumentum est coalitionis evidentissimum, arbores, quas fortè secum traxit, in fundum nostrum radices egerint, ex eo tempore nobis quæsita intelligitur. Alia quæstio est, an post coalitionem adhuc aliqua actio superfit priori domino, saltem pretij cõsequendi gratia, cùm iniquum videatur, quenquam locupletari cum alterius damno, quod sine culpa eius contigerit: ut in proposito, in quo quæritur de parte agri non negligentia possessoris amissa, sed abrepta violentia fluminis, hoc est, vi majore, ne quis possessori objicere possit, quod ripam suam tueri debuit. In cõtrarium tamen dici potest, partem abreptã, non statim ut abrepta est, & in fundum meum, licet munere quodam fortunæ, appulsa, meum fieri: sed post longum demum tempus, postquam tamdiu hæserit, ut jam cum terra mea unita sit: ac proinde ut prior possessor causetur violentia amnis, objici tamen ei posse, quod partem avulsam, cùm posset, non vindicaverit, sed tamdiu passus sit eam hærere fundo alieno, ut tandem cum eo coaluerit & unum facta sit, ut ipse quodammodo eam alienasse videatur, sicut de eo responsum est, qui rem suam patitur usucapi, *l. alienationis 28. de verb. sign.* ita fermè & *D. Tulden. hic cap. 26.* Planè qui facto alieno rem suam hoc jure inviti amiserunt, iis succurri solet vel usili actione in rem, *l. 5. §. 3. de rei vind. l. qua ratione 9. §. 2. hoc tit.* vel, quæ actioni in rem subsidiaria est, actione in factum, *l. in rem 23. §. item quæcumque 5. de rei vind.* pretii nimirum consequendi causa. Atque ita propemodum hæc quoque explicaverunt antiqui, teste Jo. Fabro Glossa in *d. l. 5. §. 3. de rei vind.* parum sibi constat.

TEXTUS.

22. *Insula, quæ in mari nata est (quod raro accidit) occupantis fit: nullius enim esse creditur. At insula in flumine nata, (quod frequenter accidit) si quidem mediam*

diam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis propè ripam prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque prædij, quæ propè ripam sit. Quod si alteri proximior sit parti, eorum est tantum, qui ab ea parte propè ripam prædia possident. Quod si qua parte divisum sit flumen, deinde infra unitum, agrum alicujus in formam insulæ redegerit, ejusdem permanet is ager, cujus & fuerat.

NOTÆ.

22. QUOD RARÒ ACCIDIT] Propter nimiam maris altitudinem, tum etiam propter perpetuã æstuum reciprocationem. Interdum tamen in medio mari emergunt. v. Plin. 2. *cap.* 85. *& seqq.* & alios all. à Fabrot. & Grot. *in sp. flor.*

OCCUPANTIS FIT] *d. l.* 7. §. 3. *h. t.* juxta regulam. *Quod ante nullius est*, &c.

SIQUIDEM MEDIAM PARTEM, &c.] Insula in flumine nata communis est eorum, qui utrimque finitima prædia possident pro cuiusque prædij fronte ac modo, *d. l.* 7. §. 3. dum ne agri sint limitati, *l.* 1. §. 6. *de flum.*

ALTERI PARTI PROXIMIOR] Si insula eis aut ultra medium amnem enata sit, siquidem contra frontem uniu s prædij, cui propior est, tota acquiritur huius fundi domino: si ita, ut fronti plurium agrorum sit opposita, communis fit omnium, qui secundùm eam ripam, in quantum insula porrigitur, habent, *d. l.* 7. §. 3. *l.* 29. *l.* 30. *l.* 56. *eod.*

IN FORMAM INSULÆ] ποταμῶ κύκλω περιῤῥέοντος. Igitur ager non mutat causam proprietatis circumluvione, *d. l.* 7. §. 4. *l.* 30. §. 3. *eod.* Sed & insula, quæ alveo non cohæret, huc non pertinet, *l.* 65. §. 2. *eod.* ubi in §. *ult.* pro *si id*, leg. *non si id*, ut præcedentia evincunt. v. Accurs. ibid.

COMMENTARIUS.

1. *Cur rarò accidat ut in mari Insula nascatur.*
2. *Cur frequenter in flumine.*
3. *Insulam in flumine natam non publicam esse, sed privatam vicinorum possessorum.*
4. *Nec tantùm proprietate, sed etiam usu.*
5. *Pro qua parte cuique vicinorum acquiratur.*
6. *Non occupationis, sed accessionis jure acquisitionem defendi.*
7. *Mores hodiernos hic variare.*

TErtium rerum genus, quod jure accessionis acquirimus, est insula in flumine nata vado cohærens: de qua specie acquisitionis ex professo tractatur hoc §. Adspergitur initio aliquid de acquisitione insulæ in mari natæ, uti & apud Gaium *l.* 7. §. *eod.* unde hic locus sumptus est: sed per occasionem duntaxat; nec huc pertinet, sed ad primum genus acquisitionis juris gentium, occupationem.

Quod rarò accidit] Partim ut credibile est, propter nimiam maris altitudinem, partim propter perpetuam æstuum reciprocationem: unde fit, ut nec locus alvei marini facilè siccus relinquatur, nec pars alvei extra mare attolli possit: nam si quid accessu attollatur, id recessu iterum dejicitur & complanatur, efficitque jugis ista reciprocatio, ut eandem faciem fundus maris semper retineat. Terræ tamen motu interdum insulas in mari repentè emergere testatur Plinius, velut paria secum faciẽte natura, quæque hauserit hiatus, alio loco reddente: interdum eodem motu recedente maris novas terras in continente nasci; cùm idem ille spiritus attollendo potens solo non valet erumpere, *l.* 2. *nat. hist. c.* 85. *&* 2. *seq.* Grot. *flor. spar. hìc* Fabrot. *ad Theoph.* 1

Quod frequenter accidit] Plinius *d. cap.* 85. scribit fluminum invectu id fieri: nimirum quia flumina ferè limosa sunt, & multis plerumque locis vadosa, sæpè accidit, ut limus, quem secum trahunt, & alia limo illita vado hæresçant & adglutinentur, quibus paulatim auctis locus ille alvei tandem supra flumen eminere incipiat. Livius *lib.* 2. refert, cùm Romani mediis caloribus campi Martij segetem messi naturam &, cum stramento desectam (quia religiosum erat consumere) in Tiberim tenui tum aqua fluentem effudissent, insulam inde enatam esse firmam templis, quoque & porticibus sustinendis. Sed neque constans est fluminis cursus, sicut est maris; neque, ut mare, fluxum & refluxum habet. Quæ omnia consideravit Pomponius *l. ergo* 30. §. 2. *hoc tit.* cùm scribit insulam in flumine fieri tribus modis: uno, cùm agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit; altero cùm locum aliquẽ, qui alvei esset, siccũ relinquit, & circũfluere cœpit: tertiò, cùm paulatim colluendo locum eminentem supra alveum fecit, eumque alluendo auxit. Adhęc aliquando evenit, quod Paulus notat *l pen.* §. 2. *eod.* ut ex virgultis aliáve qualibet levi materia, in superficie fluminis concrescente, insula existat, quæ ita sustineatur in flumine, ut solũ eius non tangat. 2

Siquidem mediam partem, & quæ sequuntur] Tria ferè sunt, quæ de acquisitione insulæ in flumine enascentis quæri possunt; cui, quatenus, & quo jure seu qua iuris ratione, acquiratur. Cæterum sciendum est, non de omni insula, quæ in flumine facta sit, hæc quæri: sed de ea duntaxat: quæ nata aut facta sit in alveo aut ex alveo fluminis. Nam primò causam proprietatis non mutat

is

is ager, qui cùm alvei nō esset, ab amne circumfluo, ποταμὸς κύκλῳ περιῤῥέοντος, in formam insulæ redactus est, *d. l. 7. §. 4. d. l. ergo §. 2. hoc tit. & hoc §. in fin.* Deinde quæ in flumine nata est, fortè ex virgultis, aliáve materia, quam temerè flumina ferunt, ita ut alveo non cohæreat, ea publica est, & ejusdem ferè juris, cujus est ipsum flumen, *d. l. pen. §. 2. eod.* De sola igitur ea insula, quæ alveo fluminis cohæret, sive lenta colluvione in eo enata sit, sive circumluvione partis, quæ alvei esset, facta, quæritur, primùm cui ea jure gentium acquiratur. Et ait Justinianus hic post Gajum, *d. l. 7. §. 3. eod.* eam fieri privatā eorum, qui propè flumen, in quo nata est, prædia possident; 3 quod & Pompon. affirmat, *d. l. ergo 30. §. 2. eod. & Ulp. l. 1. §. insula 6. de flum* satisque intelligitur ex iis, quæ disputantur à Paulo *l. inter 29.* & Proculo *l. insula 56. hoc tit.* Cui tamen sententiæ contrarium est, quod apud Labeonem *l. pen. §. ult. eod.* vulgo sic legitur; *Si id, quod in publico innatum aut inædificatum est, publicum est; insula quoque, quæ in flumine publico nata est, publica esse debet.* Sed cum hoc è diametro pugnet cum superioribus locis, adeoque cum iis quoque, quæ ipse Labeo de proprietate insulæ disserit in *§§ præced. d. l. pen.* quid dubitamus cum Hotomanno *lib. 1. obs. 23.* asserere, locum istum depravatum esse, & legendum; *Non si id, quod in publico innatum, &c.* ut hic sit sensus; quamvis id, quod in publico nascitur aut ædificatur, publicum fiat, (de ædificio in publico posito id testatur Ulpian. *l. 2. §. si quis 17. ne quid in loc. publ.* nam ideo solatium ei imponitur) tamen insulam in flumine publico natam publicam non fieri, sed privatam, quod ipse Labeo jam aliquoties ante dixerat. Hotomannum temeritatis arguit Cujac. 14. *obs.* 11. Sed ego Accursium etiam invenio testantem, eodem fermè modo legi & in veteribus nonnullis exemplaribus: atque ut hac auctoritate destituamur, non aliam lectionem admittit ratio juris, à quâ toto cœlo aberrat Cujac, *d. loc.* eumque secutus Pac. *cent. 6. quæst. 93.* quanquam uterque de usu tantum Labeonem intelligit: de quo mox. Sunt qui hunc Labeonis locum accipiunt de eo casu, quo prædia prope ripam publica, puta si insula nascatur in Thybri, eo alvei loco, quo Romam interfluit. Sed argumentatio Labeonis hujusmodi restrictionem non videtur pati. Planè in agris limitatis huic acquisitioni locus non est, quia nec alluvioni, sed occupantis insula fit, *leg. 1. §. si insula 6. de flum.* Videamus nunc insula in flumine nata quatenus vicinis possessoribus acquiratur. Et de eo duplex quæstio est, una, utrum proprietate, duntaxat, an verò etiam usu; altera, pro qua parte cuique vicinorum acquiratur, quæ 4 pluribus communiter acquiritur. Ad primam quod attinet, sic omnino habendum, insulam in flumine publico natam, si vicina prædia alluvionis jus habent, non proprietate tantùm, verùm usu etiam dominis vicinorum prædiorum acquiri: ideoque eos solos sementem in ea facere, arbores plantare, fructus ibi natos percipere posse: nec si quid aliud in ea faciant; aut quid in eam immittant, id in publico, uti in ripa, fieri intelligi, *d. leg. 1. §. si insula de flum.* Et verò si usum insularum publicum esse volumus, inutilis prorsus futura est earum proprietas, *d. l. pen. §. 1.* neque quisquam est veterum cui aliud in mentem venerit. Nam quod Paulus Labeonem reprehendit, quod scripserit, id insula fluminis, quæ propria nostra est, nihil esse publici, id non videtur satis bona fide facere: ut alibi nonnunquam, *l. ult. de leg. Rhod. l. ult. de usur. l. pen. de furt. Pet. Fab. ad l. 145. de reg. jur.* Neque enim Labeo ignoravit, partes insulæ extremas, quæ vicem riparum circumcirca obtinet; usu publicas esse, ut juris est in continente: sed de insula respondit, non considerata insulæ ora extrema. Quid quod Paulus hac ipsa reprehensione tacitè fatetur verum esse, quod Labeo dixerat, cùm crepidinem duntaxat excipit, cujus usum, ut riparum, publicum esse dicit, videlicet ut naves eò appellere, retia ibi siccare, funes arboribus ibi natis religare, aliaque id genus facere, sicut in ora continentis, cuique liceat: quod Labeo non negaverat. Alterum, quod hic quæritur, est, pro qua parte insula vicinorum fiat. Et, siquidem in medio fluminis alveo enata sit, communis fit 5 eorum, qui prope utramque ripam possident: sin eis aut ultra medium amnem, siquidem contra frontem unius prædij, cui propior est, tota acquiritur hujus prædij domino: sin ita ut fronti plurium agrorum sit opposita, communis fit omnium, qui secundùm eam ripam, in quantum insula porrigitur, habent, *hoc §. & d. l. 7. §. 3. eod.* Communem autem fieri insulam cùm dicimus, non intelligimus, eam communem fieri pro indiviso, uti solemus, cum propriè loquimur, *l. 5. de stip. serv. l. 5. §. ult. de reb. eor. qui sub tut.* sed regionibus divisis, pro fronte, hoc est, latitudine cujusque fundi, quæ prope ripam sit, ut tantum quisque in ea habeat certis regionibus, quantum ante cujusque eorum ripam esse linea in directum per insulam transducta apparebit, *l. inter eos 29. hoc tit.* Et quia frontem, non interiorem latitudinem, hic spectari placet, rectè respondit Pompon. *d. leg. ergo pr. hoc tit.* si interiorem partem fundi, ad cujus frontem insula, quæ accrevit, non respicit, vendidero, nihil ex ea insula pertinere ad emptorem: nimirum quia nec ab initio quicquam ejus futurum fuerat, si jam tum, cùm insula nasceretur, partis venditæ dominus fuisset.

Enim verò quod insulæ meæ postea accedit, id incrementum, etiamsi faciem insulæ mutet, meum tamen est; quia rei meæ accedit: ut ecce; Insula contra frontem agri mei enata est, cujus latitudo non excedit regionem prædij mei: postea alluvione paulatim aucta processit contra fontes superioris & inferioris vicini, vel etiam propior esse cœpit adversæ ripæ: quod alluvione postea accessit, id meum est: & ita Proculus respondit, *l. insula 56. eod.* Similem rationem habent, quæ Paulus disputat *l. pen §. pen. eod.* & idem Proculus *d. l. insula §. 1.* Hoc igitur constituto, insulã in flumine natam dominis vicinorum acquiri, restat, ut videamus, qua juris ratione iis acquiratur. Nam video esse, qui jure quodam occupationis hoc fieri existimant, quod primi eam occupaturi videantur. Sed hoc nullo modo admitti debet: alioqui eadem ratione dicendum esset, etiam insulam in mari natam eorum fieri, qui prope littus prædia possident, & in flumine natam etiam
6 eorum, qui ad ripam possident agros limitatos: quod utrumque falsum esse constat. Ego non aliam hujus acquisitionis rationem esse arbitror; quàm quod insula alvei pars sit, alveus pars censeatur vicinorum prædiorum: ac proinde ut alveus totus nudatus vicinis acquiritur, ita & partem ejus nudatam, id est, insulam in eo natam, iisdem acquiri, jure scilicet accessionis. Et insulam quidem partem alvei esse constat. At absonum videri potest, quod alveum partem esse dicimus vicinorum prædiorũ, cùm alveus publicus sit eodem jure, quo ipsum flumen, *l. 1. §. simili 7. de flum. §. seq. inf. hoc tit.* ut contra potius dicendum videatur, insulam quoque, quæ alvei pars est, publicam fieri oportere. Sed sciendũ est, alveum non simpliciter publicum esse, sed quatenus à flumine tenetur, eoque per flumen populus utitur, nudatum flumine privatum fieri vicinorum: nihil autem interesse, ut Pomponius huic objectioni occurrens respondet, utrum de alvei solo mutato, an de eo, quod superfusum solo & terræ sit, quæratur; hoc est, utrum quæratur de toto alveo mutato & à flumine relicto, an de insula in alveo nata: quippe sufficere, ea parte, qua insula extitit, alveum à flumine non teneri, *d. l. ergo §. 1. & 2.* Neque verò flumen interfluens impedit, quominus insula vicinis ripæ agris per alveum jungatur atque accedat, non magis quàm via publica inter alveum & vicina prædia interjecta impedit, quominus alveus siccatus acquiratur his, qui secundùm eam viam possident, *l. Attius 38. eod.* Etenim ut via publica pars prædij vicini existimatur, *d. l. Attius in fin.* ita & alveus intermedius flumini subjectus. Atq; hoc manifestissimum argumentum est, alveum etiã tum, cùm adhuc à flumine occupatur, partem quadantenus censeri vicinorum prædiorum. Æquitatem porrò hujus acquisitionis augent incommoda vicinorum: nam quantum loci insula occupat, tantum de locis finitimis flumen decerpit, iisq; solis detrimento est, in quorum agros cursus ejus depellitur. De insula extat tractatus Bartoli, cujus in dimetiendo errores notarunt Mathematici. Buteo in *lib. de flav. insul.* & Magius 4. *miscel. 2. add. Capell. de serv. rust. prad. c. 33.* Apud nos, quanquam videri poterat insularum in flumine natarum eadem propemodum ratio esse, quæ est ejus, quod per alluvionem adjicitur, certius tamen hic est jus fisci, quàm in alluvione, teste D. Grot. 2. *manuduct. c. 9.* Nec mirum, cùm & alvei exsiccati eadem ferè, quæ alluvionis, ratio sit: quem tamen constat Principi olim assignatum fuisse, ut pleraque alia ἀδέσποτα, idemque in Gallia quoque observari, ex Bern. Autom. refert Christin. *vol. 4. decis. 86. n. 7.* In agro tamen Putteno ex veteri consuetudine prædio alluvionem habenti accedit id, quo possessor pedes gladium exsertum tenens pertingere potest. In Geldria moris est, ut vicinis possessoribus acquiratur id, quod plaustro onerato adiri potest: addita tamen occupatione: alioqui fiscus prævertere potest. *D. Grot. d. loc.*

TEXTUS.

23. *Quod si naturali alveo in universum derelicto, ad aliam partem fluere cœperit; prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, qua prope ripam sit: novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus & ipsum flumen est, id est, publicus. Quod si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam ejus prædia possident.*

NOTÆ.

23. QUOD SI NATURALI ALVEO] Ex *d. l. 7. §. 5. eod.* in agris limitatis nec hoc obtinet, *l. 1. §. 7. de flum.*

RURSUS NOVUS ALVEUS] Postulat hoc stricta ratio: sed æquitas sæpè aliud suggerit, & hoc significat Caj. *d. l. 7. §. 5.* cùm ait vix esse, ut hoc obtineat. Obtinet tamen aliquando quod ex circunstantiis judicandum. v. *d. l. 30. §. 3. leg. 38. h. t. l. 23. quib. mod. us. am.*

COM-

sequatur vires & conditionem materiæ, quæ potenter manet, *l. in omnibus 24. hoc tit. l. quæsitum 78. §. illud fortasse de leg. 3.* At ubi materia consumitur atq; extinguitur, quod nostri semper fieri intelligunt, cùm species facta ad pristinam materiã reverti non potest, nullam materiæ, quæ esse desiit, aut prioris domini, cuius in hac specie nihil est, *l. quicquid 27. §. 1. hoc tit.* cum Sabino rationem haberi posse: sed novæ duntaxat speciei, ejusque, cujus facto ea in rerum natura esse cœpit, *d. l. 3. §. genera 21. de acq. poss.* Scio equidem, D. Connanum *lib. 3. comm. 6.* auctores huius sententiæ reprehendere, atque hoc solum hic spectari velle, plûsne pretij sit in opere, an in materia; Dominum quoque Grotium censere, speciem communicandam, sicut confusis materiis communio inducitur pro rata eius, quod quisque habuit, *lib. 2. de jur. bell. c. 8. n. 19.* Ego tamen à veterum illa distinctione non recedo, magisque naturale esse arbitror, ut in quæstione proposita inspiciatur, utrum res, quæ prius fuerat, extincta sit, necne; quàm ut vel ex pretio rei operisve de jure dominii statuatur, aut citra necessitatem inducatur discordiosa communio: eoque jure etiam nunc utimur, teste eodem Grotio *lib. 2. manuduct. cap. 8.*

Frumentum ad spicas reverti non potest.] Inter exempla specierum, quæ ad id, quod prius fuerant, reverti non possunt, frumentum excussum etiam Gajus refert, *d. l. 7. §. cum quis*, sed ille, quod hic omissum est, mox subiicit, se eorum sententiam probare, qui frumentum alienis spicis excussum eius esse non dubitabant, cuius spicæ essent: propterea quod cùm grana, quę spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excutit spicas, non novã speciem faciat, sed eam, quæ est, deregat. Quod idem eadem ratione dicendum est de leguminibus, lupino, lente, cicere, fabis, pisis, aliisque id genus frugibus, quæ siliqua continentur. Exemplo frumenti idem de vino ex uvis & oleo ex olivis alienis expresso statuit D. Bachovius: quod non probo. 5 Non enim ut frumentum se habet ad spicas, ita se habet vinum & oleum ad uvas vel olivas. Spicæ non sunt materia, ex qua fit frumentum; sed frumentum excussum idem manet, quod antè fuit: unde sicut eandem speciem, ita & idem retinet nomen. Vinum autem & oleum fiunt ex uvis & olivis, atque ut in aliud nomen, ita & in aliam speciem uvis & oleis peremptis transeunt. *Theodor. 1. Dial. 4.* ὃ δ' ἀπέλας τὸν καρπὸν σταφυλὴν ὀνομάζοντες ὅταν ἀποθλιφθῇ, ἢ σταφυλὴ, ἀλλὰ οἶνον αὖθις καλοῦμεν. Utique dum hæc incipiunt esse, quod non erant, desinunt esse quod fuerant: & poterant quoque in alium usum converti, uvæ siccari, oleæ servari ad condituram, &c. Et alioqui dicendum esset, nec caseum aut butyrum ex lacte alieno factum, nec siceram ex pomis alienis expressam facientis fieri. Quod si in his omnibus Sabini sententiam probandam existimat Bachovius, cur mediæ sententiæ auctores solum excipiunt frumentum? Paulum temerè adducit in *l. de eo 12. §. 3. ad exhib.* quippe qui eo loco diserte respondet de eo, qui speciem fecit, cum sciret materiam alienam esse; aliud nimirum responsurus, si quis idem bona fide fecisset, ut facit in *l. sed si meis 26. hoc tit.* Et igitur ratio, quam in d. responso subjicit, ad hypothesin revocanda est, ut quæstioni & responso serviat. De navi ex alienis tabulis facta non satis convenit, propter obscurum veteris, ut videtur, dissensionis vestigium, quod extat *in l. Minicius 61. de rei vend.* Etenim cùm mediæ sententiæ auctores generaliter definiant speciem; quæ ad id corpus, quod prius fuerat, reduci non potest, facientis fieri, navemque ex alienis tabulis factam nominatim inter hujusmodi species, uti revera est, numerent, quid cunctamur cum Paulo respondere, navem ejus esse, qui fecit? *d. l. sed si meis. 26. hoc tit.* Putat etiam D. Connan. *3. comm. 9.* partem alteram responsi Miniciani reprehendi à Juliano, rationemque reprehensionis esse in postremis verbis; *Nam proprietas totius navis carina causum sequitur* id est, eum, ait Connanus. *qui navem carinando formavit*: nam carinam non semper infirmum navis alveum significare; sed interdum poni pro ipso navis corpore, quod totum carinatum est, hoc est, pro totius navis forma, ut in *l. 24. §. ult. de leg. 1. arg. l. præponebatur 76. de judic.*

Dubitandum non est hoc casu &c.] A comparatione 6 majorum: in scholis dicerent, à minori probabilitate ad probabilitatem majorem: quasi dicat; si species, quam fecimus ex materia, quæ tota aliena est, nostra fit; multo magis nostra fieri debet; si facta sit pro parte etiam ex materia nostra. Est tamẽ & hic adhibenda superior cautio; si ea res ad priorem materiam reverti non potest: quippe generalis definitio est, ea quæ in sua initia redigi possunt, vires materiæ nunquam effugere, *l. in omnibus 24. hoc tit. l. quæsitum 78. §. 4. de leg. 3.* Atque hanc quoque esse mentem Justiniani, exempla proposita declarant. Cuius igitur erit huiusmodi species, si reduci possit? Nimirum suum quisq; retinebit, & pro parte sua materiam vindicare poterit, *arg. l. 5. §. 1. de rei vind. l. 12. §. 1. l. quicquid 27. §. ult. hoc tit.* quæ & communis interpretum sententia est, à qua sine causa recedere mihi videntur *Bachov. Bercholt. & D. Tulden. hic c. 41.* Hoc autem iure constituto, ne aut dominus materiæ, aut is qui materiam mutavit, queri possint; ille ubi materia extincta est, eam alieno sibi facto periisse; hic ubi ea mansit, se perdere.

dere operam bona fide impensam; uterque contra naturam esse, ut quis ex re aliena locupletetur cum alterius detrimento utrique consultum est, illa actione in factum, qua consequatur æstimationem materiæ suæ; huic exceptione doli mali, qua opposita ei, qui speciem suam vindicabit, servet impensas à se factas, *arg. l. in rem 23. §. si id quod 4. & seq. de rei vind.*

TEXTUS.

26. *Si tamen alienam purpuram vestimento suo intexuerit, licet pretiosior sit purpura, tamen accessionis vice cedit vestimento: & qui dominus fuit purpuræ, adversus eum, qui surripuit, habet furti actionem & condictionem, sive ipse sit, qui vestimentum fecit, sive alius. Nam extinctæ res licet vindicari non possint, condici tamen à furibus & quibusque aliis possessoribus possunt.*

NOTÆ.

26. SI ALIENAM PURPURAM] Similis locus est apud Paul. *l.* 26. §. 1. *h. t.* Ulp. *leg.* 7. §. 2. *D. ad exhib.*

COMMENTARIUS.

1. *Accessionis quæ facto hominis contingit, quot sint genera, & quod proposita pertineat.*
2. *Explicatur definitionibus aliquot, quid cui & quando accessionis vice cedat.*
3. *Quibus rebus differat hoc genus acquisitionis à specificatione.*
4. *Quomodo domino purpuræ, & generaliter partis, quæ cessit, consulatur.*
5. *Vulgata hujus §. lectio defensa adversus D. Ant. Contium.*

LOcum hunc video à plerisque in transitu duntaxat tractatum esse: dignus tamen est, qui propius consideretur & otiosè. Et quia ad accessiones pertinet, repetenda animo est memoria eorum, quæ nuper diximus, videlicet quædam rebus nostris accedere beneficio fluminum velut à natura; quædam facto & opera humana. De iis, quæ à fluminibus accedunt, copiosè jam tum disputavimus. Accessionis quæ ab hominibus est, docendi gratia, quo res tota perfectius cognoscatur, duo genera nunc
1 facimus; confusionem, & conjunctionem. Confusio est, cùm duæ materiæ liquidæ inter se & in unum corpus permiscentur, veluti cùm vinum cum vino miscetur, argentum cum argento conflatur, de quo *§. seq.* Conjunctio est, cùm res ita junguntur, ut cohæreant, discreta manente earum substantia: sive ita res alienæ rebus nostris junctæ cohæreant, ut iis quasi basibus innitantur, veluti quæ in solo nostro ædificantur, plantantur, seruntur; in chartis nostris aut tabulis scribuntur aut pinguntur; de quibus omnibus item postea: sive ita, ut sint tanquam additamenta aut ornamenta rei nostræ; ut si pes aut manus jungatur statuæ, ansa scypho, gemma includatur auro, emblemata phialis injungantur, *l. in rem 23. §. 2. & §. 5. de vind. l. sed si 26. §. 1. hoc tit. l. 7. §. 2. ad exhib. l. cum aurum 19. §. perveniamus 12. de aur. arg. leg.* eodemque etiam pertinet, quod hic traditur de purpura vestimento intexta, *d. l. 7. §. 2. ad exhib.*

Si tamen] Quò conjunctio illa segregativa respiciat, non video; nisi eò referas, quod cum in calce præcedentis §. dixisset, vestimentum quod quis partim ex sua partim ex aliena materia fecit, facientis esse, hoc loco aliquid addere Justinianus voluerit de vestimento, quod quis fecit ex sua quidem materia, eaque sola, sed cui ornando alieni aliquid adjunctum, attextum aut intertextum est: licet id ad superiores rationes non pertineat. Neque enim purpura (quo exemplo hic Imp. utitur) vestimento intexta pars est materiæ, ex qua vestimentum factum proponitur: sed aliquid, quod vestimento jam facto aut præparato ornatus causa additur atque accedit. Purpuram autem hic accipiemus aut clavum purpuræ, aut prætextum, id est, segmentum, fimbriam, laciniam, limbum.

Licet pretiosior sit] Cùm enim quærimus quid cui cedat, non pretium spectamus; sed quid cujus rei ornandæ causa adhibeatur; ut accessio cedat principali, *l. cum aurum 19. §. pervenimus 13. de aur. arg. leg.* In universum autem sic de hac quæstione habeo. Quando duæ res, quarum una- 2
quæque per se subsistere potest, ita junctæ sunt, ut cohæreant & unum corpus efficiant propriæ speciei ejusdemque nominis, semper pars inferior cedit præstantiori, ut is naturali ratione totius illius corporis dominus esse intelligatur, cujus & præstantior pars est. Si diversa rerum junctarum magnitudo est, ex magnitudine unius partis præstantia æstimatur, ut si statuæ pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum jungatur, *l. sed si 26. §. 1. hoc tit. l. 7. §. 2. ad exhib. l. in rem 23. §. 2. 4. & 5. de rei vind.* adeoque etsi pars minor pretiosior sit, ei tamen cedit, cujus major est species, ut gemmæ & margaritæ inclusæ auro, *d. l. 19. §. 13. de aur. arg. leg.* purpura vestimento intexta, ut hic & *d. leg. 7. §. 2. ad exhib.* Si eadem magnitudo est, ex pretio: si pretium quoque

idem,

idem ; placet neutrum alteri cedere, sed suam cujusque rem manere, *l. quicquid* 27. §. 2. *hoc tit.*

Accessionis vice] Ut pars minor & inferior maiori & præstantiori, sicut jam dictum est. Etenim jure speciei totum hoc corpus suum esse dicere non potest dominus majoris partis sive vestimenti, cùm is neutram partem nunc primùm fecerit, sed factas univerit duntaxat. Ex quo apparet, errare D. Gœd. *in l. 14. de verb. sign.* qui putat, hæc etiam jure specificationis acquiri, & si, quod Gœddeo placet, nova hic species facta intelligi debeat, ea non acquireretur facienti : quoniam partes junctæ separari, & ad id, quod prius fuerant, reverti possunt.

3 *Adversus eum, qui surripuit*] In hoc quoque ab acquisitione speciei factæ differt hæc acquisitio, quod species facta tantum volenti acquiratur, eique, qui eam suo nomine & bona fide fecit : jure accessionis pars juncta etiam ignoranti, etiam ei, qui alieno nomine aut mala fide junxit. Nulla enim in hac acquisitione ratio habetur personæ facientis aut jungentis, sed rerum junctarum duntaxat ; quod notandum est contra Wesembecium & Bachov. qui utriusque acquisitionis eandem esse rationem arbitrantur.

Sive ipse sit, qui vestimentum fecit, sive alius] Geminus à Justiniano casus proponitur : unus est, quo is, qui purpuram surripuit, ipse vestimentum fecit : alter, quo alius fecit, ad quẽ purpura surrepta postea pervenit. Et ait, dominum purpuræ adversus eum, qui surripuit, habere actionem furti & condictionem : ubi condictionem procul dubio intelligit furtivam, ut rectè Glossa notat : nam quod hæc condictio soli dicitur domino dari, *l. 1. de cond. furt. l. 14. §. qualis* 16. *de furt. §. ult. inf. de obl. quæ ex del.* hoc non eò pertinet, ut is, cui semel quæsita est, eam re perempta sine facto suo amittat : sed ut hinc excludantur ii, quorũ periculo res alienæ sunt, quibus etsi furti actio, condictio tamen non cõpetit, *d. l. 14. §. 16*

4 Ut autem in universum intelligas, quomodo domino purpuræ ; & generaliter partis quæ cessit, consulatur, sic mecum distinguito. Aut alienam purpurã vestimento suo quis intexuit, aut suam vestimento alieno. Item aut bona fide id fecit ; aut mala. Si alienam & bona fide, est adversus eum actio ad exhibẽdum, ut purpura separetur, & tunc vindicetur, *l. 7. §. 2. ad exhib. l. in rem* 23. *§. 5. de rei vind.* Videndum tamen, an nõ audiri debeat bonæ fidei possessor pretium purpuræ offerens ; maximè si ea sine manifesto ejus damno separari non possit. Illud quæsitum est, an etiam bonæ fidei possessori purpura condici possit. Et puto posse, cum Barone & Wesembecio. arg. eius, quod in fine huius §. dicitur, res extinctas à quibusvis possessoribus condici posse, & *§. admonendi inf. quib. al. lic.* & nimirum condictione sine causa : nam etsi jure gentium propter accessionem dominus purpuræ factus sit : nulla tamen causa est, cur pretium lucretur, & cum aliena jactura locupletior fiat. Si mala fide intexuit, datur adversus eum actio furti & condictio furtiva, *hoc text.* datur & ad exhibendum actio & vindicatio, tanquam adversus eum, qui dolo malo possidere desiit, *arg. l. 1. in fin. l. 2. de tign. iunct. l. sin autem* 279. *§. 3. l. qui petitorio* 36. *in pr. de rei vind. l. qui dolo* 131. *de reg. iur.* Si quis autem suam purpuram intexuit vestimento alieno, siquidem bona fide, potest & possidens vestimentum retinere, donec de purpura & sumptibus ei satisfiat, & omissa possessione ad exhibendum agere, ut purpura separetur & vindicetur, *d. leg. 23. §. 4. & seq. de rei vind.* Si mala fide, videndum num dici possit voluntate sua proprietatem rei amisisse, *arg. §. ex diverso* 30. *inf. hoc ti.* Quæ de purpura diximus, eadem ferè & in cæteris, quæ rebus nostris explendis aut ornandis similiter junguntur, locum habent, *l. 6. l. 7. § 2. ad exib.* exceptis, quæ juncta sunt ferruminatione, quæ ne separata quidem vindicari possunt : ideoque eo casu in factum actio domino partis : quæ cessit, necessaria, *d. leg. 23. §. item quæcunque de rei vind.*

Nam extincta res] Licet purpura attexta vestimento integra maneat, pro extincta tamen, quia vestimento cedit, habetur ; sicut gemma inclusa auro, aliaque, quæ res nostræ ad se per prævalentiam trahunt salva eorum substantia, *d. l. 6. ad exhib. d. l. 23. §. 2. & 5. de rei vind.* Unde Theophilus, Δοκεῖ, inquit, ἡ πορφύρα τρόπον τινὰ ἀποθέσθαι, τῷ μὴ εἶναι αὐτῶν μεθ' ἑαυτῶν· ἀλλ' ἑτέρᾳ ἐσθῆτι συνυφανθῆναι.

Licet vindicari non possint] Directò ; amissa videlicet earum proprietate : & nimirum quamdiu cohærent : nam quod de gemma inclusa annulo alieno responsum est, eam vindicari non posse, sed posse agi ad exhibendum, ut excludatur, & exclusa vindicetur, *l. 6. ad exhib.* id locum habet in omnibus, quæ similiter rebus nostris juncta accessionis loco cedunt, *d. l. 23. §. 5. de rei vind.* Tentari etiam potest, quod modò diximus, adversus eum, qui mala fide junxit, utilem quoque in rem actionem esse, non tanquam adversus eum, qui possideat, sed qui dolo malo possidere desierit.

Et quibusque aliis possessoribus] A furibus etiam condictione furtiva ; ab aliis condictione sine causa, aut generali illa triticiaria, *l. 1. de cond. tritic.* Semper enim, ut diximus, bonum & æquum est, pretium mihi restitui eius rei, quæ hoc jure ad alium sine facto meo pervenit, & est arg. in *leg. 11. §. ult. l. si & me & Titium* 32. *de reg. cred.*

5 Ant. Contius ex manuscriptis restituit: *Et quibusdam alijs possessoribus*, ut sit sensus: non tantùm suribus res consumptas condici posse: sed aliis etiam possessoribus, qui furibus sunt similes: nimirum iis etiam, qui rem mala fide possidebant, cùm eam consumerent. At hi reverà etiam fures sunt, § *furtiva inf. de usuc.* Quamobrem de lectione vulgata, quæ etiam Theophili est, nihil mutandum censeo, quamvis Contium sequatur Pacius in analysi sua, putans, condictionem contra eos, qui bona fide rem consumpserunt, non dari. Obiter & Theophili error notandus, qui scribit, condictionem furti etiam in eos dari, qui fures non sunt, quod est ἄδοξον, & miror à Fabrot. non animadversum.

TEXTUS.

27. *Si duorum materiæ voluntate dominorum confusæ sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est: veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti vel auri conflaverint. Sed & si diversæ materiæ sint, & ob id propria species facta sit, fortè ex vino & melle mulsum, aut ex auro & argento electrum, idem juris est. Nam & hoc casu communem esse speciem non dubitatur. Quod si fortuitò & non voluntate dominorum confusæ fuerint, vel ejusdem generis materia, vel diversa idem juris esse placuit.*

NOTÆ.

27. DUORUM MATERIÆ CONFUSÆ] Ex Cajo *l. 7. §. 8. h.t.* Confusio propriè est, cùm corpora liquida aut liquefacta invicem miscentur μίξις ὑγρῶν.

PROPRIA SPECIES FACTA] Nec interest, utrum materiæ separari; aut species facta in sua initia redigi possit, necne, propter mutuam dominorum voluntatem.

IDEM IURIS ERIT] apud Th. in Regiis codicibus, teste Fabrot. quamvis in vulgatis, ἕν τὸ αὐτὸ, &c. Nec tamen per omnia idem: nam si materiæ casu confusæ separari possunt, nulla earum communio est, *l. 5. §. 1. D. de rei vind.*

COMMENTARIUS.

1. *Inter confundere & miscere qua sit differentia, cum signatè loquimur.*
2. *De effectu confusionis, & quarum rerum quomodo facta confusio communionem pariat.*
3. *Confusionem factam voluntate dominorum, propriè huc non pertinere.*
4. *In confusione fortuita materias confusas communicari, sive eiusdem generis sint, sive diversæ, extra quam si deduci possint & n. 6.*
5. *Quid iuris, si unus è dominis confuderit altero ignorante, aut tertius aliquis.*

DUobus modis hominum facto per accessionem rei alienæ ad res nostras nobis acquiritur, conjunctione & confusione. Conjunctionis species est purpura vestimento attexta, ut diximus §. *præc.* De confusione disputatur hoc loco: quæ quid sit primò videndum: deinde quam vim ad acquirendum & unde habeat. Verba hęc confundere & miscere aut commiscere vi sua generalia sunt, deque omnibus ἐκ παραλλήλου dicuntur, quæ quovis modo permiscentur: ut videre est etiam apud nostros, *l. 7. §. voluntas 8. hoc tit. l. 3. §. ult. l. 5. pr. de rei vind.* Cæterùm cùm signatè & distinctè loqui volumus, confusionem appellamus μίξις ὑγρῶν, cùm corpora liquida aut liquefacta invicem miscentur, commixtionem, μίξιν ξηρῶν, cum sicca & solida, quæ & discreta maneant: quam nominum distinctionem peperit diversi juris, quòd in his obtinet, ratio. Confundi igitur propriè res dicuntur, quę ita permiscentur, ut una ingrediatur alteram, & vicissim alterius partem in se recipiat; veluti cùm vinum cum vino miscetur, aurum cum auro conflatur. Effectus confusionis hic est, ut utrique domino pars alienæ rei vice mutua acquiratur, idque vi & potestate rei cujusque, cogente natura rem unam mutuò trahere alteram: unde existit totius corporis, quod ex confusione fit, communio. Cæterùm neq; quantumvis rerum confusio communionem parit, neque facta quovis modo. Summam tibi ecce. Omnis confusio fit aut voluntate dominorum, aut citra eam: & citra eam aut casu (quæ tamen & ipsa non sine facto hominum contingit, eorum sc. qui res in propinquo posuerunt) aut voluntate unius tantùm, sive etiam tertij alicujus putà Titii. Res, quæ confundantur, aut sunt unius generis, aut diversorum. Item aut tales sunt, quæ confusæ separari non possunt, aut quæ possunt separari. Nunc sic habe. Voluntate dominorum facta confusio sine ulla rerum distinctione communionem facit. Casu facta non aliter, quàm si res diduci non possint. Facta unius voluntate tantùm, aut Titio, si materiæ unius generis confusæ sint; quoniam nec diduci possunt, nec novam speciem constituunt. Jam videamus, quid Imperator dicat; & singula consideremus accuratius.

Voluntate dominorum] Hac species propriè huc

COMMENTARIUS.

1. *Alveum fluminis extra usum publicum existimari partem vicinorum prædiorum, & ideo siccatum prædijs cedere.*
2. *Si vicini agri limitati sint, primi occupantis alveum desertum fieri.*
3. *Pars alvei siccati quando apud nos privatorum fiat.*
4. *An aliquando priori domino alveus flumine iterum recedente restituendus.*

QUartò & postremò eodem jure & ratione proximis possessoribus pro modo latitudinis cuiusque prædij, quæ propè ripam sit, adjicitur alveus à flumine relictus, nempe vi & potestate prædiorum, quibus ipsis hæc acquisitio tributa, propter vicinitatem, & propter prædia, prædiorum dominis. Atque ut hic quoque paucis rationem hujus juris & acquisitionis tibi explicem, dixi paulò antè, alveum fluminis extra usum publicum à veteribus existimatum fuisse partem prędiorum vicinorum, quasi olim iis detractum: argumento esse, quod placet, insulam manente adhuc alveo in flumine natam vicinorum esse: quod profectò non fieret, nisi alveus, cui insula cohæret, & ipse vicinorum prædiorum pars intelligeretur: nam prior est alvei ratio, quàm insulæ, quæ conditionem alvei, ut pars eius, sequitur. Ad hanc sententiam confirmandam *Don. 4. comm. 28. & Bachov. hic.* afferunt locum Pomponij *l. ergo 30. §. 1. hoc tit.* Et sanè quidem rectè, sed non video comparationem illam similium, qua, quod illi fingunt, Pomponius utatur, conferens alveum cum ripa, aut solum alvei cum ripæ solo. Simplex est Pomponij sententia: ripæ solum privatum esse; eorum scilicet, qui prope ripam habent, proprium: usu autem eius publicum intelligi; & ideo cùm exsiccatus est alveus, proximorum fieri, hoc est, solum ripæ etiam usu proximorum tum esse incipere, quia jam populus eo non utatur, nempe solo ripæ, de quo sermo institutus erat. Cæterùm ratio huius consolidationis non magis ad ripam, quàm ad alveum pertinet. Nam ut usus ripæ, licet ea privata & vicini prædii pars sit, publicus est, propterea quod populus flumine uti sine ripa commodè non potest, ita & usus alvei, licet solum eius privatum intelligatur, & pars prędiorum quæ ad ripam jacent, publicus est: quia sine alveo populus flumine uti non potest. Rursus ut ripæ usus exsiccato alveo ad proprietatem redit, quia jam populus ripa amplius nõ utitur; ita & usus alvei, quem flumen abstulit, recedente flumine ad proprietatem, quæ penitus ablata non fuit, revertitur; quia jam alveo populus amplius non utitur.

Hoc interest, quod proprietatis ripæ aliqua potest esse utilitas; alvei, quãdiu à flumine tenetur, planè nulla; quæ causa est, quod alveus non secus ac flumen ipsum, publicus dicatur, *l. 7. §. quod si 5. hoc tit. l. 1. §. simili. 7. de flum. & hoc text.* Juvant jus de hac acquisitione constitutũ incommoda fluminum, quæ multa & magna accolæ pati cogũtur, inundationes, avulsiones agrorum &c. quæ si vitare volent, ripas suas magno sumptu muniant necesse est. Ferant igitur & commodo fluminum, si qua sint, iuxta regulam naturalis æquitatis *l. 10. de reg jur.* Cæterum, quod in præcedentibus diximus, agros limitatos ius alluvionis non habere, ac proinde nec insulam prope ripam eorum natam possessoribus iure vicinitatis acquiri, sed fieri occupantis, idem etiã obtinet in alveo relicto, si vicini agri limitati sunt, *l. 7. §. simili 7. de flum.* Apud nos, ut iam intelleximus, alveus in totum derelictus fisco acquiritur: a pars alvei siccata interdum, privatis, si videlicet populo, aut ius populi habente, agrum ad flumen excurrentem qua talem acceperint.

Novus alveus ejus juris esse incipit, cujus est ipsum flumen] Sicut alveus à flumine destitutus privatus sit, ita novus, quem sibi flumen fecit, sit publicus; nam impossibile est, ut alveus fluminis publici nõ sit publicus, ait Ulp. *l. 1. §. simili 7. de flum. & D. l. 7. §. 5.* Pertinet huc illud Pomponii in *d. l. ergo 30. §. 3. hoc tit. Flumina*, inquit, *censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, & ex publico in privatum.* Cui simile est quod apud Cassiodorum legimus *l. 3. variar. Agrimensor*, inquit, *more vastissimi fluminis alia spatia tollit, alijs rura concedit.* Ita plerumque evenit ut alios flumen diret, alios pauperet. Lucanus;

Illos terra fugit dominos, his rura colonis
Accedunt donante Pado.

Rursus novus alveus] Nam ager ille, qui fuerat, desiit esse, amissa propria forma; &, cùm prædiis, non personis, hæc acquisitio tribuatur, non potest is, qui vicinum prædium nullum habet, ratione vicinitatis quicquam in eo alveo sibi vindicare, *d. l. 7. §. quod si toto eod.* Atque hoc quidem usque efficit stricta iuris gentium ratio: sed vix est, ut id obtineat, inquit Caius *d. loco.* Et utiquè non semper obtinere debet. Sæpè enim æqui & boni ratio suader, ut priori potius domino alveus restituatur, quàm adiudicetur vicinis possessoribus, Scholiastes Theoph. καὶ ἀπρόσιαν ἀποδῶ τῷ τόπον, καὶ δὲ φιλάνθρωπον λογισμὸν ὁ δεσπότης ἀναλαμβάνῃ. De quo haud facilè quid certi definiri potest, sed ex circunstantiis iudicandum est. Finge flumen relicto naturali alveo agrum alicuius occupasse (sive paulatim sive non paulatim, nihil interest) ita ut novum hic sibi alveum quæsiit

videatur: deinde nec ita multo post tempore in veterem locum subito atque eodem impetu, quo perruperat, se recepisse: æquissimum est, agrum recessu fluminis restitutum ad pristinum dominum reverti, licet formam agri impetus fluminis abstulerit, *d. l 7. §. quod si in fin. d. l ergo 30 §. 3. hoc tit l. si ager 23 quib mod usufr am* quia hujusmodi occupatio non longè abest ab inundatione. At si flumen non eodem impetu, quo venit, discedat; sed lentè & minutatim recedendo alluvione in pristinum locum redeat, spatium illud alvei, quod siccum post se sensim reliquit, non videtur priori domino restituendum, sed alluvione accrescere proximorum prædiorum possessoribus, *leg Attius 38. hoc tit fac. l. .C. de alluv.* Atque ob hanc causam arbitror Pomponium in *d. l. ergo. § 3 & d. l. si ager* consultò expressisse hæc verba, *eodem impetu*, *Bart. tract. de alveo. Bald. in rubr. de rer. div. col. 9. Peregrin 8. de jur fisc. n. 59. De Tuld. hic cap. 25.*

TEXTUS.

24. *Alia sanè causa est, si cujus totus ager inundatus fuerit, neque enim inundatio fundi speciem commutat, & ob id si recesserit aqua, palam est eum fundum ejus manere, cujus & fuit.*

NOTÆ.

24. ALIA SANE CAUSA] *d. l. 7. §. 6. h. t. l. 1. §. 5. & 9 de flum.*

NEQUE ENIM INUNDATIO FUNDI SPEC.] Quia subita intumescentis fluminis irruptione prædia non comminuuntur, dissolvuntur, aut excavantur, sed aqua duntaxat operiuntur, *d. l. 1. §. 9. de flum.* Aufert tamen inundatio possessionem, *l 3. §. 7. de acq poss.* & usumfructum: ita tamen, ut recedente flumine restituatur, *l. 24 quib. mod. usf. am.*

COMMENTARIUS.

1. *Inundatio quid proprie sit, & qua ejus vis.*
2. *Quid circa inundationes apud nos receptum.*

INundatio propriè est, cum flumen imbribus vel nivibus, vel qua alia ratione auctum in vicinos campos ita se effundit, ut nec ripas nec alveum suum mutet, *l. 1. §. ripa de flum.* Hoc cùm fit, ait Justinianus post Cajum, *l. 7. §. aliud sane 6. hoc. tit.* fundi proprietatem non amitti: & ideo recedente aqua fundum, qui occupatus fuerat non adjici vicinis possessoribus, sed eius manere, cujus ante inundationem fuerat. Et addit hanc rationem, quia inundatio fundi speciem non commutat: quasi dicat, non ut alveo facto propriam formam ager amittit, ita & inundatione: quippe alveum fieri diuturno lapsu fluminis & lenta excavatione agri, ut jam plana eius facies amplius non appareat: inundatione autem uno subitaneo impetu prædia invadi, atque aqua cooperiri duntaxat, non comminui, dissolvi aut excavari, aut formam amisisse dici possint, *d. l. 1. § aliter 9. de flum.* Atque ut maximè summa pars agri in arenam dissolvatur, manet tamen solida pars fundi interior: & ut de qualitate aliquid mutet, substantiam non mutat, non magis, quàm pars agri, quæ à lacu hauritur, cuius jus non mutari certum est. Igitur ad inundationes præsertim temporales & anniversarias non pertinet, quod vulgò dici solet. *Occupatum sequitur conditionem occupantis. Gloss. l. pen. de rer. divis.* Non obstat *l. si. ager 23 quib. mod. usf. am.* quia non loquitur de simplici inundatione, cùm flumen retento alveo extra ripas se effundit; sed cùm deserto alveo toto impetu in agrum alicuius perrumpit, quasi novum alveum quærens: hoc casu placet proprietatem agri ita amitti, ut restituatur, si non facto novo alveo flumen se receperit, uti *in fin. sup. §.* demonstratum est. Obiter addo, quamvis inundatio causam dominij non mutet, possessionem tamen nobis auferre, *l. 3. §. Labeo 17. l qui univers. 30. §. 3 de acq poss.* itemque ea jura, quæ in facto personæ posita sunt, ut usum & usumfructum, *l. usus fructus 24. quib. mod usf. amu* sed recedente aqua hæc omnia nobis restitui, *d. l. 24. l. 1. § si quis 9. de itin. actu priv.* De inundationibus, quæ crebræ apud nos sunt, hoc jure in hac regione utimur, ut derelictus habeatur is ager, qui per decem continuos annos mersus fuerit, si nō aliqua extent signa continuatæ possessionis: quo in genere receptum apud nos non immerito est; quod Romani rejiciunt, *d. l. 23. quib. mod. usf. am.* ut si aliter nequeat, vel piscando retineri possessio censeatur. Sed solebant Principes tempus præfigere, intra quod veteres agrorum possessores siccare agros & novo aggere munire deberent: quibus cessantibus monebantur qui in eos agros jus pignoris habebant, deinde & hi qui jurisdictionem aut imperium: qui si omnes in mora essent, eorum jus omne ad Principem deferebatur; atque is aut ipse agros siccabat, suique patrimonii faciebat, aut aliis siccandos muniendosque dabat retenta parte. *D. Grot. 2 manud. c. 9. & 2. de jur. bell. 8. n. 10. consult. IC. Bat. part. 2. consil. 26.*

TEX-

TEXTUS.

25. *Quum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quæri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit: utrum is, qui fecerit, an potius ille, qui materiæ dominus fuerit: ut ecce, si quis ex alienis uvis, aut olivis, aut spicis, vinum, aut oleum, aut frumentum fecerit: aut ex alieno auro, vel argento, vel ære, vas aliquod fecerit: vel ex alieno vino & melle mulsum miscuerit, vel ex medicamentis alienis emplastrum aut collyrium composuerit: vel ex aliena lana vestimentum fecerit: vel ex alienis tabulis navem, vel armarium, vel subsellia fabricaverit. Et post multam Sabinianorum & Proculianorum ambiguitatem placuit media sententia existimantium, si ea species ad priorem & rudem materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiæ dominus fuerit: si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit: ut ecce vas conflatum potest ad rudem materiam æris, vel argenti, vel auri reduci: vinum autem, vel oleum, aut frumentum ad uvas, vel olivas, vel spicas reverti non potest: ac ne mulsum quidem ad vinum & mel resolvi potest. Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino & alieno melle mulsum miscuerit; aut ex suis & alienis medicamentis emplastrum aut collyrium; aut ex sua lana & aliena vestimentum fecerit; dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit: quum non solum operam suam dederit, sed & partem ejusdem materiæ præstiterit.*

NOTÆ.

25. CUM EX ALIENA MATERIA] Ex Cajo *d.l.7. §.7 h.t.* modus acquisitionis per occupationem. *d.l.7. §.7. l.3. §.21. D. de acq poss*

FACTA SIT AB ALIQUO] Suo scil nomine *d.l.7. §.7.* alioqui ejus erit, cujus nomine facta, *l.25. l.27. §.1. eod.* addendum & bona fide; aliàs perinde habebitur, ac si facta esset nomine domini materiæ, *l.12. §.3. D. ad exhib.*

SABINIANORUM ET PROCULIAN.] Illi putabant naturali rationi convenientius esse, ut qui materiæ dominus fuisset, idem quoque dominus esset speciei ex ea confectæ, cùm sine materia nulla species effici posset: hi contra, eum dominum esse, qui fecisset: quia quod factum est, antea nullius fuerat.

MEDIA SENTENTIA] Caij *d.l.7. §.7. h.t.* Callistrati, *l.12. §.1.* Pauli *l.24. & 26. eod.* Ulpian. *l.5. §.1. D. de rei vind.* sic & aliàs auctores nostri medium sequuntur, *l.3 si pars hær. l.25. D. de pign. act. §. alt. inf. de vul. subst.* imitatione Stoicorum, qui ob id Servio ercisçundi μέσην ὁδὸν τέμνοντες.

AD PRIOREM MATERIAM REDUCI] Quia tum materia non interit, sed potenter manet, *l.24. h.t. l.78. §.4. de legat.3.*

SI NON POSSIT REDUCI] Quia hic materia consumitur atque extinguitur: & locum habet illud, *Dum incipit, quod non erat, desinit esse, quod fuerat, l.9. §.3. D. ad exhib. l.26. l.27. §.1. h.t.* Interim & domino materiæ consultum actione in factum, qua consequatur æstimationem, *l.23. §.5. de rei vind.*

VINUM VEL OLEUM] Vinum & oleum sunt novæ species, quæ proprio nomine censentur, nec ad id quod esse desierunt reduci possunt.

COMMENTARIUS.

1. *Etiam hunc acquirendi modum ad occupationem referendum.*
2. *Speciem novam non acquiri facienti, nisi eam fecerit suo nomine & bona fide.*
3. *Quibus rationibus moti Proculus & Sabinus diversum senserint.*
4. *Media sententia auctorum distinctionem optima ratione niti.*
5. *Vinum & oleum non ita se habere ad uvas & olivas, ut frumentum ad spicas.*
6. *Etiam in specie facta partim ex materia aliena, partim ex materia facientis, inspiciendum; utrum ea ad priorem materiam reduci possit, necne.*

EXponitur hic alius modus acquirendi jure gentium dominij, speciei novæ ex aliena materia formatio, quæ nunc vulgò uno nomine specificatio dicitur. Sunt qui hunc acquirendi modum ad accessionem referunt: sed perperàm. Non enim nova illa species vi & potestate rei nostræ nobis acquiritur, cùm ex aliena materia fiat; non ignorantibus nobis aut invitis: sed nostro ipsorum facto, qui rem alienam in aliam speciem transformavimus: adeoque inconcinnum est dicere materiam accedere formæ, quoniam

hæc illam, non illa hanc præsupponit. Quapropter hic modus potiùs occupationis quædum species videri debet; cùm id, quod factum est, ideo facienti concedatur, quia ante nullius erat, & tanquam occupanti, qui suo id nomine fecit. Utique quatenus obtinet sententia Nervæ & Proculi, *l.* 7. *§. cum quis* 7. *in pr. hoc tit. l.* 3. *§. genera*, 21. *de acq. poss.* Nam quatenus Sabini sententia approbata est, aut ad accessionem res referri potest, aut potiùs dicendum, nullam tunc fieri novam acquisitionem, cum D. Ant. Contio *l. disp.* 12.

2 *Species aliqua facta sit*] Nimirum nova & diversa à priore, ex qua ut ex materia facta sit posterior: nam verbi causa, lana aliena purpura tincta nõ est nova species, *l. sed si* 26. *§. ult. hoc tit.* neque etiam nova species existit ex duarum ejusdem generis materiarũ confusione, *§. si duorum* 27. *inf. eod.* Duo autem hic à Justiniano omissa sunt, quæ quo quæstio proposita melius intelligatur, addenda duximus: unum est, si qui speciem fecit, eã fecerit suo nomine; alterum, si eam fecerit bona fide. Primum disertè expressit Cajus *d. l.* 7. *§. cum quis.* & rationem manifestã hanc habet, quod possessio non acquiratur nisi volentibus; eorum autem quæ facto & opera nostra acquiruntur, nihil jure gentium acquiri possit, cujus acquisitio non cœperit à naturali possessione, *l.* 1. *§.* 1. *de acq. poss.* Proinde si alieno nomine species facta proponatur, si eius non erit, qui materiæ dominus fuerat, eius erit, cujus nomine facta est, *l. nisi* 25. *l. quicquid* 27. *§.* 1. *hoc tit.* De bona fide, quod item hic omissum dixi, nihil quidem disertè Cajus, sed id ex eo non obscurè colligitur, quòd addit hæc verba *suo nomine.* Nam qui scit materiam alienam esse, in eadem causa haberi debet, ac si nomine domini materiæ speciem fecisset, *l. de eo* 12. *§.* 3. *ad exhib.* cui etiam operam suam donasse intelligendus est, exemplo eius; qui sciens in alieno solo ædificavit, *§. ex diverso* 30. *inf. eod. fac. l.* 4. *§. si ex lana* 20. *de usuc. l.* 14. *§. ult. de cond. furt.* Atque hæc est communis quoque DD. sententia, à qua cur D. Wesemb. & Bachovius recesserint, causam non video.

Mulsum] Θἰνομελι sive μελίκρατον fit ex vino vetere, addito pauco melle. Hoc genere potionis usum se Pollio olim jactitabat annum centesimum excessisse. Nam cùm à D. Augusto hospite interrogaretur, quanam maximè ratione vigorem illum animi corporisque custodisset, respondisse fertur, *Intus mulso, foris oleo. Plin. lib.* 22. *nat. hist. cap.* 24.

Collyrium] Genus medicamenti, potissimum oculorum, πρὸ τὸ κωλύειν τὸ ῥεῖν quod fluxum impediat & sistat. *Apocalyps. c.* 3. *vers.* 18. κολλύριον ἐγχρίσον τὰς ὀφθαλμὰς, ἵνα βλέπῃς. *Collyria illius oculis*, Horat. 1. *serm. satyr.* 5.

Hic oculis ego nigra meis collyria lippus
Illinere.

Emplastrum] Medicamentum est in massam coactum, quod igni præmollitum vulneri imponitur: ab ἐμπλάττω, subigo, versando mollio, in massam formo vid. Corn. Celsum *lib.* 5. *c.* 17. vulgò nunc unguentum vocant.

Subinianorum & Proculianorum] Fuere etiam olim diversæ & dissidentes Jurisconsultorum familiæ auctores. Atteius Capito & Antistius Labeo, qui primi cùm velut diversas sectas fecissent, ille in iis, quæ à majoribus acceperat, perseverando, hic ingenij & doctrinæ fiducia plurima innovando, dissensionem successores eorum auxerunt, dum sui quisque magistri sententiæ tanquam oraculo religiosè adhæret. Capitoni successit Massurius Sabinus, Sabino Cassius: Labeoni successit Nerva, Nervæ Proculus. Atque inde appellati postea Sabiniani vel Cassiani, & Proculiani, *l.* 1. *§. posti hunc* 47. *de orig jur.*

Ambiguitatem] Quædam ut rectè hic notat Baro, leviter tracta sunt à natura, quorum ratio non cuivis perspicua est Nerva & Proculus existimabant, 3
speciem ex aliena materia factam naturali ratione ejus esse, qui eam suo nomine fecisset: nã materiæ, quæ extincta sit, nullã porrò rationem haberi posse, sed causæ efficientis duntaxat, & potissimũ formę, cujus susceptione materia in aliam speciem transisset, quæ species cũ antea nullius esset, ac ne esset quidem, rationem naturalem efficere, ut concedenda sit ei, qui ut ea in rerum natura sit, fecit, eamque occupavit, *d. l.* 7. *§. cum quis hoc tit. l.* 3. *§ genera* 21. *de acq poss.* Diversæ autem scholæ auctores Sabinus & Cassius contra naturali rationi convenientius esse putabãt, ut qui materiæ dominus fuisset, idem ejus quoque, quod ex materia factũ esset, dominus fieret: quippe sine materia speciem nullã effici posse: nostrum autem esse id, quod ex re nostra factum est. Postremò nihil tam ab æquitate naturali alienum videri, quàm ut, id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferatur, *d. l.* 7. *§. cum quis junct. l.* 12. *§.* 3. *ad exhib. l. id quod nostrum de reg jur.*

Media sententia] Inter duas extremas Proculi 4
& Sabini. Nam Sabini sententiam veriorem esse putabant, si species facta ad priorem materiam reduci posset: si non posset, Proculi, *d l.* 7. *§. cum quis.* Et perquam elegans est hujus distinctionis ratio, quam & iidem mediæ sententiæ auctores afferunt: nempe cùm manente materia forma rei externa tantum mutatur, idque quod factum est, in sua initia sive ad rudem materiam reduci potest, rationem naturalem non pati, ut cum Proculo dicamus, rem eam nunc primum existere, ac propterea fieri occupantis: sed necesse esse, ut

sequatur

huc non pertinet. Neque enim communionem hic inducit rerum confusio: sed mutua dominorum voluntas res suas confundendo tacitè communicantium: argumento est, quod etsi duo frumenta sua miscuissent, idem tamen juris, licet in dissimili genere mixtionis foret, §. *seq.*

Utriusque commune est] Pro rata sc. eius materiæ; quæ cuiusque ante confusionem fuit, *l. 3. §. ult. de rei vind.* Res autem communis propriè dicitur, quæ duorum aut plurium est, non quasi tota singulorū, (neque enim duorum in solidum res una esse potest, *l. 5. §. ult. commod.*) sed singulorum pro partibus; iisque indivisis, *l. 5. de stip. serv. l. 5. §. ult. de reb. eor. qui sub tut.* Itaque quæ partes ante confusionem singulorum erant separatim, post confusionem, singulorum esse incipiunt coniunctim, ut iam intellectu magis, quàm corpore partes habeant, *d. l. 5. de stip. serv.* nec possit amplius unus, quod suum fuit ante confusionem, separatim vindicare, sed partem duntaxat pro indiviso, putà dimidiam aut tertiam; sive, quod eodem recidit, agere communi dividundo, ut res dividatur, & pars rei divisæ; dimidia aut tertia, pro rata ponderis, quod contulit, restituatur; in quo & pretii ratione iudex habebit, si unius pars pretiosior fuit, *d. l. 3. §. ult. l. 4. l. 5. de rei vind.* Et si forte res dividi commodè non possit, uni totam adiudicabit, eumque vicissim alteri condemnabit in certam summam pecuniæ, §. *eadem 5. inf. de off. iud.*

Sed etsi diversæ materiæ sint &c.] Nihil refert eiusdem generis materiæ voluntate dominorum confusæ sint, an diversi. Nam & nova species, quæ naturaliter ex confusione diversarum materiarum existit, veluti ex vino & melle confuso mulsum, ex massis auri & argenti conflatis electrum, eorum communis sit necesse est, quorum consensu & voluntate materiæ confusæ sunt, & vice mutua, quod inde existit, communicatum. Ex quo etiam efficitur; ut nihil interfit materiæ separari, & species facta in sua initia reduci possit, an non possit: quæ differentia spectatur, cum jure specificationis aliquid alicui acquiri volumus.

Electrum] Plinio est aurum, cuius quinta portio argentum est. Secundas post aurum ei tribuit Homerus 4. *Odyss.* ubi regiam Menelai laudantem introducit Telemachum à splendore primum auri, deinde electri:

Χρυτὸν τ' ἠλέκτρου τε, καὶ ἀργύρου, ἠδ' ἐλέφαντος

Vid. *Plin. lib. lib. 33. nat. hist. c. 4. Strabon. lib. 3.*

4 *Quod si fortuitò*] Hæc confusionis species propria est huius loci. Ait, in fortuita confusione idem juris esse; quod foret, si materiæ dominorum voluntate confusæ essent: nimirum etiam totum id corpus, quod ex duorum materiis casu confusis existit, commune esse eorum, quorum materiæ confusæ sunt, nec referre eiusdem generis materiæ sint, an diversæ, & ob id propria species facta sit: nam quod casu factum est, neminem sibi vindicare posse jure specificationis. Hoc item & Gajus *d. l. 7. §. sed etsi 9. hoc tit.* Observandum autem est, & hic & apud Gajum exempla proponi earum duntaxat rerum, quæ confusæ diduci & separari non possunt: quippe quas communes facit ipsa necessitas & vis naturæ superior: nam confusio hæc eò rem deducit, ut unaquæque materia alteram in sese per omnia confusam & indiscretam habeat: unde evenit, ut vel minima pars unius partem alterius sibi habeat adjunctam, quam & necessariò ad se trahat: atque hinc communio. Quod si materiæ, quæ forte confusæ, separari possint, veluti si plumbum cum argento mixtum sit, nulla necessitas intervenit, ob quam fiat, ut una res alteram mutuò ad se trahat: sed cùm ab artificibus separari possint, separabuntur: estque in eam rem non ut superiore casu, actio communi dividundo, sed ad exhibendum & in rem, *l. 5. §. 1. de rei vend. & arg. l. lacus 12. §. 1. hoc tit.* Sed quid si non 5
casu, nec tamen voluntate dominorum confusio sit; puta à Titio, vel ab uno ex dominis altero ignorante? quæ species hic omissa. Et siquidem verbi causa Titius vinum Mævij cum suo confuderit, aut cum vino Sempronij, aliásve eiusdem generis materias miscuerit, adhuc probandum est, corpus, quod ex ea confusione fit, Titii & Mævii, aut Mævii & Sempronii, commune esse; quia pristinam speciem continet, & res alium exitum naturaliter reperire non potest. Quod si diversi generis sint, quia hinc novi corporis species existit, ea tota Titii erit jure specificationis, si ad initia sua reduci non potest; si potest, suum cuiusque manebit, *d. l. 5. §. 1. de rei vend. d. l. lacus 12. §. 1 hoc tit. vid. sup. §. cum ex aliena god.*

Idem Iuris esse placuit] Paraphrastes vertit negativè; ὁ τὸ αὐτὸ χρήσεται. Et sanè non est idem juris per omnia: nam si materiæ casu confusæ separari possunt, nulla earum communio est, sicut iam diximus. Arbitror tamen contra Hotomannum eodem modo hic legendū, quo legitur apud Gajum *d. l. 7. §. sed & si.* unde hæc descripta sunt: nimirum affirmativè; & utrumque locum ex aliis cum Accursio sic temperandum, si tales materiæ fortuitò confusæ sint, quæ diduci non possint: cuius etiam generis exempla, nec alia, à Justiniano & Gajo proposita sunt. Sed & Harmenopulus *lib. 2. tit. 1.* ἐὰν δὲ ἐξ ἀμοιρείας ὕλης γινομένων αὐτῶν affirmativè legit, τὸ αὐτὸ χρήσεται.

TEXTUS.

28. *Quod si frumentum Titij frumento tuo mistum fuerit, siquidem voluntate vestra, commune est: quia singula corpora, id est, singula grana quæ cujusque propria fuerunt, consensu vestro communicata sunt. Quod si casu id mistum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non videtur commune esse: quia singula corpora in sua substantia durant. Sed nec magis istis casibus commune fit frumentum, quàm grex intelligitur esse communis, si pecora Titij tuis pecoribus mista fuerint. Sed si ab alterutro vestrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit: arbitrio autem judicis continetur, ut ipse æstimet, quale cujusque frumentum fuerit.*

NOTÆ.

28. FRUMENTUM TITII TUO MISTUM] Cùm corpora, quæ miscentur, discreta manent, & suam singula speciem retinent, id propriè dicitur commixtio.

NON MAGIS ISTIS CASIBUS] A simili, ubi tamen illud dissimile, quod pecora mista faciliùs discerni possunt, quàm grana, & ob id etiam singula vindicari, *l. 23. §. 5. vers. at. in his de rei vind.*

QUALE CUIUSQUE FRUMENTUM] Vi igitur ipsa non alia hic sententia & restitutio, quàm si frumentum verè commune esset, *l. 3. §. ult. l. 4. de rei vind.*

COMMENTARIUS.

1. *Commixtionem propriè dictam ad disputationem propositam non pertinere.*
2. *Responsum Iavoleni in l. 78. de solut. cum hoc textu conciliatum.*
3. *Comparatio mixtionis pecorum & frumentorum explicata.*

NIhil est in hoc §. quod ad institutam de accessione disputationem pertineat. Agitur de
1 commixtione. Commixtio propriè est, cùm corpora, quæ miscentur, discreta manent & suam singula speciem retinent; velut si frumentum cum frumento, nummi cum nummis, pecora cum pecoribus, inter se misceantur. Hujus inquam commixtionis nũquam ea vis est, ut per eam potestate rei nostræ aliena nobis acquirantur, sive difficilis sit corporum mixtorum separatio, sive non sit, cùm neutro modo fiat, ut aliquid sit in meo aut alieno, quod alterum ad se naturæ necessitate trahat.

Consensu vestro communicata] Quando duorum res voluntate dominorum commiscentur, communicantur illæ quidem, sic ut utrique domino pars alienæ rei vice mutua acquiratur: cæterum hoc non efficit commixtio aut accessio, sed tacita voluntas dominorum mutua traditione species suas communicantium, *hoc text. d. l. 7. §. voluntas eod. l. 5. de rei vind l. 4. pro soc.*

Quia singula corpora in sua substantia durant] Hoc est, natura & essentia sua separata & discreta manent: ut proinde dici non possit, esse quicquam in hoc acervo Titij, quod tuum ad se trahere debeat, aut in totum, aut pro parte; aut quicquam esse tuum, quod debeat ad se trahere, quod Titij est. At sine horum alterutro nihil vestrum commune fieri potest in acervo frumenti, casu aut sine voluntate unius vestrum commixti. Objici huic loco solet, 2
quod Javolenus ex Cajo refert, nummos alienos in solutum datos creditoris accipientis fieri, si is eos ita miscuerit suis, ut discerni non possint, *l. si alieni 78. de solut.* An dicemus idem esse in frumento, quod quis ex simili causa acceptum bona fide cum suo miscuit? At refragatur generalis definitio hujus loci, tum etiam ratio subjecta, & comparatio frumenti misti, & pecorum. Plerique putant, inter nummos & frumentum hoc interesse, quod nummi ita commixti; ut discerni non possiut, pro consumptis habendi sint: frumentum non antè quàm farina ex eo confecta sit: quippe rerum, quæ usu consumuntur, consumptionem æstimari ex consumptione ipsorum corporum: pecuniam autem numeratam intelligi consumi plerumq; salvis nummorum corporibus, *§. constituitur inf. de usuf.* Notum verò esse, consumptione nummorum in creditum vel in solutum datorum causam domini mutari, *l. 13. l. non omnis 19. §. 1. in fin. de reb. cred.* Ita propemodum Accurs. quem sequitur communis DD. schola *add. D. Cujac. 13. observ. 18.*

Quam grex intelligitur esse communis] Exemplo pecorum alienorum gregi meo mistorum docet, frumenta quoque sine voluntate dominorum mista, sua cujusque manere, neque in acervo facto quicquam esse commune: quippe eandem rationem esse singulorum granorum in acervo, quæ est singulorum pecorum in grege: utrumque esse corpus non ηνωμένον, aut συνημένον sed διεστῶς, cujus partes non cohæreant, aut uno spiritu contineantur, sed quæ singulæ essentia sua maneant distinctæ,

distinctæ, propriamque suam speciem retineant: ac proinde rationem juris nō pati, ut hic magis, quàm illic, dominia confundantur, *arg. l. rerum mixtura 30 de usuc. junct. l. in rem. 23. §. 5. vers. at. in his de rei vend.* Cæterùm comparatio hæc illud habet dissimile, quod pecora aliena meis pecoribus mista facilè decerni possunt, & ob id singula vindicari, *d. vers. at in his;* grana autem commixta non item. Qua ratione putarem, ne voluntaria quidem pecorum mistione gregem communem fieri, nisi id expressè actum proponatur.

In rem actio pro modo frumenti] Ubi res communis non est, cessat communi dividundo judicium, *l. 1. com. div.* sicut in proposito. Cæterùm nec grana ipsa, quæ cujusque ante commixtionem fuerunt, vindicari poterunt: qui discerni & designari nequeunt; nec pars acervi; quod non licet nisi in acervo communi, sed quantum in acervo cujusque fuit atque etiam nunc est, *l. 5. pr. de rei vend.* Nec refragatur actionis in rem natura, quæ exegit, ut res, quæ petitur, designetur, *l. 6. d. tit.* satis enim designari videntur grana petita hoc ipso, quod designantur certo loco atq; acervo contenta & circumscripta. Tantum laborabitur in exitu judicij & restitutionis.

Quale cujusque frumentum] Igitur si unius frumentum fuerit pretiosius, officio judicis continebitur, ut ejus quoque ratio habeatur, & hoc amplius ferat is, cujus frumentum pretiosius fuit, vel ex acervo, vel certæ pecuniæ adjudicatione: ut sic omni ex parte utrique satisfiat, *arb. l. 4. de rei vend. §. eadem 5. inf. de off. jud.* In summa, vi & effectu hic non alia judicis sententia est & restitutio, quàm si acervus verè communis esset, *l. 3. §. ult. d. tit. de rei vend.* Quæ de confusione & commixtione diximus, ea hodieque omnia observantur.

TEXTUS.

29. *Cùm in suo solo aliquis ex aliena materia ædificaverit, ipse intelligitur dominus ædificij: quia omne quod solo inædificatur, solo cedit. Nec tamen ideo is, qui materia dominus fuerat, desinit dominus ejus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere, propter legem duodecim tabularum, qua cavetur ne quis tignum alienum ædibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo præstet, per actionem, quæ vocatur* De tigno juncto. *Appellatione autem tigni omnis materia significatur, ex qua ædificia fiunt. Quod ideo provisum est, ne ædificia rescindi necesse sit. Quod si aliqua ex causa dirutum sit ædificium, poterit materiæ dominus, si non fuerit duplum jam consequutus, tunc eam vendicare, & ad exhibendum de ea re agere.*

NOTÆ.

29. QUOD SOLO INÆDIFICATUR, SOLO CEDIT] *d. leg. 7. §. 10. h. t. l. 23. §. pen. & ult. D. de rei vind. l. 2. C. eod. l. 2. de superfic.* non tamen quod ita in solo ponitur, ut loco moveri queat, *leg. 60. h. t.*

NEC TAMEN, &c. DESINIT DOMINUS ESSE] Ergo hoc casu qui ædificavit, dominus est ædificij, alius dominus materiæ, ex qua constat *l. 7. §. 2. D. de re jud. fac. l. 23. §. ult. D. de rei vind. l. 23. de usuc.*

NEQUE AD EXHIBENDUM] *d. l. 23. §. pen. l. 6. D. ad. exhib. l. 1. de tign. junct.* nisi adversus malæ fidei ædificatorem, *d. l. 23. § pen.* tanquam qui dolo malo fecerit, quo minus possideat, *d. l. 1. & l. 2. de tign. junct.*

EXIMERE COGATUR] Ne scil. ædificia rescindi necesse sit; ut mox sequitur. Potest igitur dupli præstatio evitari, si quis tignum eximere malit, & domino restituere, neque enim id facere prohibetur; dum ne ruina ædium deformetur publicus urbis adspectus, *l. 2. C. de ædif. priv.* Eadem lege prohibetur solutio tigni alieni vineis juncti, ne sc. turbetur cultura vinearum *d. l. 1. de tign. junct.*

DE TIGNO IUNCTO] Quam actionem etiam in duplum adversum eum dari, qui bona fide junxit, argumento est, quod adversus eum dari dicitur & hic & *d. l. 7. §. 10.* adversus quem nec in rem, nec ad exhibendum agi potest: quod utrumque contra est in eo, qui sciens junxit, *d. l. 23. §. pen. D. de rei vind.*

APPELLATIONE TIGNI] *l. 7. D. ad exhib. d. l. 1. de tign. junct. l. 62. D. de verb. sign.*

SI NON FUERIT DUPLUM CONSECUTUS] In casu malæ fidei etsi consecutus fuerit. Nam qui sciens junxit, non liberatur præstatione dupli, sed est adversus eum extrinsecus adhuc rei vindicatio, *l. 2. de tign. junct.* Pœnalis enim eo casu hoc actio est.

COMMENTARIUS.

1. *Non continuo eum, qui ædium dominus sit, dominum esse & singulorum tignorum.*
2. *Actionem de tigno juncto dari etiam in duplum adversus eum, qui bona fide junxit.*

3. *Præstationem dupli evitari posse tigni exemptione & restitutione.*
4. *Actionem de tigno juncto, apud nos exoleviſſe.*

DIximus non ita pridem, duobus modis contingere, ut res alienæ rebus noſtris facto hominum accedentes nobis adjiciantur, confuſione, de qua proximè loquuti ſumus, & coniunctione. Conjunctionem appellamus, cùm duæ res ita junguntur, ut cohæreant & unum corpus conſtituant, integra manente rerum ſubſtantia. Duo quoque genera hujus conjunctionis fecimus: unum earum rerum, quæ junctę nihil amplius habent, quàm additamentum & explerionem ejuſdem corporis, de quo genere dictum ſub. §. *ſi tamen ſup.* alterum earum, quæ ſic aliis junguntur, ut in his tanquam in ſubiecto conſiſtant, ac ſine his eſſe non poſſint: cuiuſmodi ſunt hæc quinque, quæ nunc porrò ſingula exequemur, in ſolo ædificata, plantata, ſata, ſcripta in chartis aut membranis, picta in tabulis.

Quia omne, quod ſolo inædificatur, ſolo cedit] In conjunctione rerum, de qua agimus, uti naturali ratione præſtantior exiſtimanda eſt ea res, quæ per ſe conſiſtere poteſt; inferior, quæ imponitur, & ſine illa conſiſtere non poteſt: ita & eadem ratione ſit, ut hæc ab illa per prævalentiam trahatur, illique ut præſtantiori cedat: ac proinde utriuſq; dominus efficiatur, qui dominus fuerat præſtantis, *l. in rem 23. §. 3. & 4. de rei vend.* Hæc ratio generalis eſt, ad omnes ſpecies huius conjunctionis pertinens. Air, *omne, quod ſolo inædificatur.* Hæc prima ſpecies eſt huius acceſſionis: atque de ea ita jus eſt. Omne ædificium, quamvis ex aliena materia, ſolo impoſitum, ſolo cedit, *d.l. 7. §. cum in ſuo hoc tit. 4. d.l. in rem. §. pen. & ult. de rei vind. l. 2. de ſuperf. l. qui domum 50. ad leg. Aquil. l. 2. C. de rei vend.* idque ſive dominus ſoli ex aliena materia ædificaverit in ſuo, ſive è cõverſo dominus materiæ ædificaverit in ſolo alieno, *d.l. 7. §. ex diverſo hoc tit. & § ſeq. eod.* Solo autem impoſitum accipi oportet etiam id, quod verbi cauſa ſupra parietem meum ædificatum eſt, *l. ſi ſupra 28. hoc tit.* Cæterum ut rationi huius iuris locus ſit, neceſſe eſt, ut id quod ædificatum eſt, ſolo cohæreat. Nam ſi Titius exempli gratia horreum frumentarium ex tabulis ligneis factum mobile in prædio Seij poſuerit, id non Seij erit, ſed Titii, qui poſuit, *l. Titius 60. eod.*

Nec tamen is, qui materia dominus fuerat, deſinit, &c.] Diximus, eum, qui ex aliena materia in ſuo ædificavit, dominum fieri ædificii: cui conſequens videri poterat, eum, qui materiæ dominus erat, dominum eius eſſe deſinere; cùm duo eiuſdem rei in ſolidum domini eſſe non poſſint. Contra tamen & hic & apud Cajum ſcriptũ eſt, materiæ dominum dominium idcirco non amittere, & quamvis ſtante ædificio dominum adhuc intelligi. Hoc ne quem offendat, ſciendum eſt, pro diverſa materiæ conſideratione utrumque dici poſſe, & dominum ædificii materiæ quoque dominum effici, & materiam prioris domini manere. Etenim ſi tigna vel cæmenta conſideremus, ut iuncta & connexa ædificio, hac conſideratione quamdiu iuncta manent, ipſius ædificii ſunt & domini totius: unde & dempta dicuntur in priſtinam cauſam reverti, *l. habitator 59. de rei vend. facit l. ſed ſi 26. §. 1. hoc tit.* At ſi animum à coniunctione avertas, & ædificio quaſi inſuper habito tigna conſideres in ſe, & ut ſeorſum ſubſtantiam ſuam habentia, non poteſt videri materiæ dominus ius ſuum amiſiſſe: & ideo ea tigna, licet iuncta adhuc, aliena ubique appellantur. Adeoque rectè nunc dicemus, aliud eſſe materiam, aliud ædificium: ædium quandam univerſitatem intelligi; materiam, cæmenta, tigna, lapides, res eſſe ſingulas, quæ ob id iure univerſi non utique cenſeatur. Hinc enim eſt, quod placet, eum, qui univerſas ædes poſſidet, non videri ſingula cęmenta poſſidere, eoque nec uſucapere, *l. in rem 23. §. ult. de rei vend. l. eum qui 23. de uſuc.* & quod Ulpianus reſpondet, eum, qui inſulam petiit, ſi victus poſteà cęmenta vel tigna petat: non videri idem petere, *l. 7. §. 2. de ext. rei jud.* nimirum quod neceſſe non ſit, eum, qui ædium dominus eſt, materiæ quoque dominum eſſe: quam rationem & ipſe mox ſubiicit. Cęterum dubitandum non eſt, quin verum ſit, quod D. Hotomannus hic notat, ſi ex aliena materia nova primum ſpecies facta fuerit, deinde novum id corpus ædificio incluſum, eius id manere, cui iure ſpecificationis quęſitum erat: verbi cauſa, tigna aut tabulas ex aliena arbore fabricatas & mox iniunctas ædificio, eius eſſe & manere, qui tabulas fecit, *ag. l. ſed ſi meis 26. in pr. hoc tit.*

Neque ad exhibendum] Tignum alienum ædibus iunctum lex duodecim tabularum non tantum vendicari prohibet, ſed etiam ſolvi, ut proinde nec ad exhibendum de eo agi poſſit; *l. in rem §. pen. de rei vend. l. 6. ad exhib. l. 1. de tign. junct.* in quo diverſum ius eſt tigni iniuncti, & verbi cauſa gemmæ iniunctæ annulo alieno: ea enim licet quamdiu cohęret vendicari nequeat, ad exhibendum tamen eo nomine agi poteſt, ut eximatur, & tunc vendicetur, *d.l. in rem §. item quæcunque de rei vend. d l. 6. ad exhib.* vide ſis quæ notavimus ſupra *§. ſi tamen 26. hoc tit.*

Ne quis tignum eximere cogatur] Duplicem ego cauſam reperio, cur lege duodecim vetita ſit tigni alieni ædibus iuncti vindicatio. Una eſt, ne ob id ædificia reſcindi neceſſe ſit, *l. 1. de tign. junct. leg. 7.*

leg. 7. §. cum in suo hoc tit. & hoc text. altera, ne per hoc ruinis urbs deformetur, *l. 2. §. si quis 17. l. ult. ne quid in loc. publ. l. 2. C. de ædif. priv.* quarum, illa principalis esse videtur, & rationem finis unicique legis propositi habere; hæc σωσιλιτος & illius adminiculum: de quo mox plura. Eadem lege & solutio tigni alicui vineis juncti prohibetur, ne scilicet turbetur vinearum cultura, *l. 1. de tign. junct.*

Sed duplum pro eo præstet] Ne dominus materiæ queri posset, injuriam sibi fieri, quod re sua, quamdiu ædificium manet, carere cogatur, data est in eum, qui junxit, actio de tigno juncto ad tigni æstimationem, & quidem in duplum, *l. 1. de tign.* 2 *junct. l. in rem 23. §. pen. de rei vend. l. 6. ad exhib.* Nec dubito, quin ea actio in duplum etiam adversus eum danda sit, qui bona fide junxit: id enim textus ferè omnes arguunt, qui de hac actione loquuntur. Nam primò, ut benè observavit D. Tuldenus *c. 42.* in eum hæc actio dari dicitur & hoc loco & apud Gajum *d. l. 7. cum in suo*, adversus quem nec in rem nec ad exhibendum agi potest, quorum utrumque contra est in eo, qui sciens rem alienam junxit, *d. l. 23. §. pen. de rei vend.* non quod sic conveniatur quasi possidens, ut tignum restituat: sed ita quasi dolo malo fecerit, quominus possideat restituere possit, ut pretium æstimetur jurejurando in litem, *l. 1. in fin. de tign. junct.* eoque pertinet locus Pauli in *leg. qui res 98. in fin. de solut.* ubi ait, legem 12. tabularum scisscere, tignum ædibus junctum vindicari posse, sed solvi id prohibuisse, pretiumque eius voluisse dari. Deinde nec hoc ad eum pertinet, qui mala fide junxit: quod denegatur domino materiæ vendicatio non solum stante, sed etiam diruto ædificio, si iam ante per actionem de tigno iuncto duplum sit consecutus: nam adversus eum, qui sciens iunxit, ut furem, præter actionem dupli extrinsecus adhuc est rei vindicatio, *l. ult. de tign. iunct. §. ult. inst. de obl. qua ex del.* Huc item facit *l. de eod. 63. de dom. int. vir. & ux.* nam cum ibi solus ille casus excipiatur, quo tignum volente & sciente domino iunctum est, satis significatur, in cæteris actioni de tigno iuncto in duplum esse locum. Denique cur actionem de tigno iuncto etiam adversus eum, qui bona fide iunxit, lex duodecim dedisset, si dominus tigni nihil amplius per eam consequeretur, quàm consecuturus esset actione in factum, quę sublata vindicatione adhuc supererat? *d. l. 23. §. item quæcunque de rei vend.* Huic autem sententiæ duo obstare videntur. Primum est, quod lex de tigno furtivo locuta est, *d. l. de eo de don. int. vir, & ux. d. l. 1. de tign. junct.* alterum, quod iniquum videtur, eum, qui bona fide junxit, in duplum teneri. Quibus hæc reponimus; primo etiam tignum, quod ab alio surreptum, ab alio bona fide junctum est, furtivum esse, vitio furti rem comitante. Adhæc, legem 12. tabularum furtivi non ideo mentionem fecisse, quod nomine non furtivi agi in duplum noluerit: sed quia rarò accidit, ut res alienæ mobiles, quæ insciis dominis ad alios perveniunt, in furti vitium non cadant, *§. 2. inf. de usuc.* unde nec Gajus, nec Justinianus, nec Paulus in *d. l. 23. §. pen. de rei vend.* furtivi mentionem faciunt, sed alieni duntaxat, cum tamen id omnes proponant ex eadem lege. Postremò nullam hic esse iniquitatem: nam & injuria, quæ domino materiæ fit, quod re sua carere cogitur, cōmodo aliquo pecuniario compensando fuit, & pro duplo, quod ille accipit, majus vicissim commodum consequitur is, qui junxit, ne videlicet cogatur tignum eximere cum metu ruinæ ædium suarum. Sed & potest dupli præstationem effugere, 3 si tignum eximere malit & domino restituere: neque enim id facere prohibetur lege 12. tabularum, quippe qua cautum est, non ut ne domino tignum eximere liceat, sed ne quis id eximere cogatur, ne ædificia rescindere aut demoliri cum summo damno ædificantis necesse sit, *hoc text.* & apud Gajum *d. l. §. cum in suo hoc tit. l. 2. §. si quis 17. l. ult. ne quid in loc. publ.* unde alii loci explicandi sunt, quibus traditur, legem prohibere, vetare, non permittere tignum solvi, *l. 6. ad exhib. l. 1. de tign. iunct. l. qui res 98. in fin. de solut.* nimirum non tantum vendicationem, verùm etiam actionem ad exhibendum his verbis legem tollere voluisse argum. huius *§. & d. l. 23. §. pen. de rei vend. d. l. 1. de ting. iunct.* Equidem fateor etiam publici decoris & ornamenti rationem hac in re habitam fuisse, ne scilicet ædium demolitione & ruinis adspectus deformaretur: cæterum ut hæc consideratio extrinsecus legem moverit, non fuisse tamen τὸ ἐγγὺς, sive causam, cujus gratia tignum eximi vetuerit, non obscurè ex eo colligitur, quod alioqui dicendum esset, nunquam licere civibus ædificia sua demoliri, aut tignū inde eximere, quod falsum est, *l. fin. autem 27. § ult. l. Iulianus 37. de rei vend. l. 5. in fin. C. eod. l. pro voluptarijs de emp. in res dot.* Sed nec quævis tigni exemptio secum trahit ruinam ædificii: unde fortassis non improbabiliter defendi possit, eundem fuisse scopum legis 12. tabularum, qui fuit senatusconsulti, quo cautum est, ne ea, quæ ædibus juncta sunt, legare liceat, néve negotiandi causa ædificia, demoliri, aut marmora, columnas, aliáve tigna detrahere, *l. cætera 41. §. 1. l. senatus 43. de legat. 1. l. senatus 52. de cont. empt. l. ult. de damn. inf.* nō alia de causa, quàm ut ne integris ædificiis depositis publicus deformetur aspectus, *l. 2. C. de ædif priv.* ac proinde quemadmodum in senatusconsultum non incidit, qui quid detrahit citra

metum

merum ruinæ, ita nec offendere legem antiquam, qui ut condemnationem dupli evitet, tignum eximere malit, modò id faciat sine periculo ruinæ. Ad hunc fermè modum disputat Bachovius hic. Mihi ut verum fatear, frustrà videtur lege prohiberi, quod spontè sua nemo nisi insanus facturus
4 sit. Moribus harum regionum actio in duplum de tigno juncto exolevit, consuliturque domino materiæ actione in factum ad pretium consequendum, *Grot.2.introd. c.10. Zipæus notit. jur.Belg.de rei vend.* uti & jure antiquo ei consulebatur adversus dominum soli, qui ipse tignum non junxerat, sed ab alio fortè junctum possidebat: nam in eum demum, qui convictus erat junxisse, in duplum dabatur actio, *l.1. in fin. pr.de ting.junct.*

Omnis materia, ex qua ædificia fiunt] hoc idem & in *l. tigni 7.ad exhib.l.tign.62. de verb. sign.* unde quidam ajunt, regulam quoque & lapidem & testam, hoc amplius & calcem & arenam tignorum appellatione contineri: in vineis perticas & pedamenta, cæteraque vineis necessaria, *d.l.1. §.1. de tign. junct.*

Tunc eam vindicare] etiamsi post tempus usucapionis dissolutum sit ædificium: nam qui ædes possidet, non intelligitur singula tigna possidere, ut notatum *sup.n.1.l.23. §.ult.de rei vind.l.33. de acquir.poss.l.23. de usuc.*

TEXTUS.

30. *Ex diverso, si quis in alieno solo ex sua materia domum ædificaverit, illius fit domus, cujus & solum est. Sed hoc casu materiæ dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur esse alienata; utique si non ignorabat, se in alieno solo ædificare: & ideo licet diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest. Certè illud constat si in possessione constituto ædificatore, soli dominus petat, domum suam esse nec solvat pretium materiæ & mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonæ fidei possessor fuerit, qui ædificavit. Nam scienti, solum alienũ esse, potest objici culpa, quod ædificaverit temerè in eo solo, quod intelligebat alienum esse.*

NOTÆ.

30. Ex diverso] Ex Cajo *l.7. §.12. D. h.t.*

Si non ignorabat] Nam si ignoravit, quamvis ædificium sequatur soli dominum, materiæ proprietatem non amittit, & eam diruto ædificio vindicare poterit, *l.2. D. de rei vind.*

Materiam vindicare non potest] Quia proprietatem ejus amisit, *l.7. §.12. D.h.t.* Cæterum aliud placet, si causam probabilem afferat, ob quam videatur, licet sciens, non tamen animo donandi ædificasse: veluti si ædificavit in solo litigioso, vel ut in specie *l.37. de rei vend.* ita cape *d.l.2. C. de rei vind.* Wes.

In possessione constituto] Nam si non possidet, nulla ei actio in re prodita, qua pretium materiæ aut sumptus consequatur, *l.33. D. de cond. in d.l.14. D. de exc.dol.leg.48. de rei vind.* Cujacius tamen incerti condictionem dat, id est, possessionis.

Per exceptionem doli mali] Quia contra æquitatem naturalem postulat cum aliena jactura locupletari, *l.1. §.1. de exc.dol.leg.14. D. de cond.ind.*

Potest obiici culpa] *l.37. D. de rei vind.* Hoc tamen ei concedendum, ut sine læsione prioris status rei tollat quod posuit, *d.l.37. l.5. C. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Quantum ad materiam attinet, ejus variare pro conditione personarum ex sua materia in alieno ædificantium.*
2. *Non semper eum, qui in alieno sciens ædificat, donandi animo ædificare intelligi.*
3. *Ædificatorem in possessione constitutum pretium materiæ & impensas servare posse oppositâ doli mali exceptione.*
4. *Non possidenti nullam eo nomine actionem jure proditam.*
5. *An mala fidei possessor pretium materiæ & impensas eadem ratione servare possit.*

EXplicatur hic species superiori contraria. Illic quæsitum fuit de eo, qui ex aliena materia ædificavit in solo suo: hic quæritur de eo, qui ex sua materia ædificavit in solo alieno. De quo ex personis ædificantium & tempore variè constituitur, quantum quidem attinet ad materiam & impensas in ædificando factas: nam ad ædificij acquisitionem quod attinet, inter personas ædificantium nihil interest; sed illius semper fit domus, cujus est solum, juxta regulam jam traditam & expositam §. *præced.*

Vtique si non ignorabat] Quum non de ædifi- 1
cio ipso, sed aut de materia, aut de pretio materiæ aliisve impensis consequendis quæritur, non eadem omnium ædificantium in proposito ratio est,

est: sed alia ejus, qui bonâ fide, dum suum putat, alia ejus, qui sciens prudens in alieno ædificavit. De materia ita jus est. Qui ex sua materia in alieno solo ædificavit bona fide, is, quamvis ædificium quod posuit, solum sequatur, ac per hoc dominum soli, materiæ tamen proprietatem non amittit, *arg. hujus, §. in verbis à me notatis.* Et ideo licet manente ædificio nullam de materia neque actionem, neque exceptionem habeat, quibus consequi possit, ut materia separetur & sibi reddatur, propter legem 12. tabb. de æstimatione tamen ei consultum est, de quo mox; & ædificio diruto poterit ipsam materiam vindicare, *l. 2. C. de rei vend.* Qui autem ex sua materia in alieno ædificavit mala fide, placet eum proprietatem materiæ amittere, in tantum, ut ne diruto quidem ædificio eam vendicare possit. Cujus rei rationem hanc affert hic Iustinianus post Gajum in *l. 7. §. ex diverso, hoc tit.* quo sua voluntate materiam intelligatur alienasse, id est, donasse domino soli. Nimirum hæc juris adversus eum, qui non ignorat se in alieno ædificare, præsumptio est, arg. *l. 14. de donat. l. cujus per errorem 53. de reg. jur.* Cæterum si qua probabilis con-
2 jectura sit, ob quam videri possit, licet sciens, non tamen animo donandi ædificasse, dissoluto ædificio materiam vindicare non prohibetur, *l. 2. C. de rei vend.* Finge aliquem in aliena area ædificasse, cujus bonæ fidei emptor fuit: verùm ædificasse quo tempore jam sciebat alienam: negabo id eum animo donandi fecisse. Quippe cùm spem haberet fore; ut aream usucaperet, *arg. l. Iulianus 37. de rei vend.* Finge ædificasse in solo litigioso: dicam id sui juris possessionisque tuendæ causa fecisse, non animo donandi, per *d. l. 2. C. eod. tit.* Finge denique, colonum aut inquilinum ædificasse in area conducta: dicam id factum esse, quo commodius re conducta uterentur, aut in ea habitarent, non quod materiam domino donare voluerint, *leg. dominus 55. §. 1. locat.* Sed etsi quis mala fide in alieno ædificavit, dum ex materia item non sua, æquum est, soluto ædificio materiam ad pristinum redire, *arg. d. leg. 2.* Atque hæc etiam communis interpp. sententia est. vid. *VVesemb. Mynsing. Schneid. Cantiunc. hic Bald. Salic. Sichard. ad d. leg. 2. Fachin. 1. controv. 55.*

Si in possessione constituto ædificatore, &c.] Cùm igitur stante ædificio ædificator, cujuscumque generis sit, nullam, ut dictum est, actionem aut exceptionem habeat, qua materiam ipsam consequatur, quæsitum est de materiæ æstimatione, cæterisque impensis, quæ in ædificando factæ sunt, anne eas saltem ædificator remedio aliquo consequi possit: Atque hic iterum aliud atque aliud pro circunstantia temporis & conditione ædificantium servatur. Primum refert, possideat ædes ædificator, an non possideat. Si possidet, placet, eum impensas 3
servare posse per retentionem, opposita doli mali exceptione, si dominus ædificium vendicet non oblata restitutione impensarum. Et hoc est, quod Iurisconsulti in *d. l. 7. §. ex diverso*, & Imp. hic ajunt, *Si in possessione constituto ædificatore soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiæ, posse eum per exceptionem doli mali repelli*, nimirum quia dolo malo facit & contra æquitatem naturalem, qui postulat cum alieno damno & injuria fieri locupletior, *l. nam hoc natura 14. de cond. ind. iunct. l. 1. de dol. mal. exc.* Unde etiam placuit, hanc exceptionem eo usque duntaxat dandam, res facta est pretiosior, *l. in fundo 38. de rei vend.* & ita demum si fructuum ante litem contestatam perceptorum modum excedant, *l. sumptus 48. eod.* Nam qui suum tantum recipere vult, nihil dolo facit. *l. nihil dolo 129. de reg. iur.* nec studet cum aliena jactura locupletari, qui hoc tantum agit, ut pro quantitate fructuum perceptorum impensæ minuantur. Si non 4
possidet, nulla ei actio jure prodita est, qua pretium materiæ aut sumptus à se factos consequatur. Id adeo ita esse, remotio actionum, quæ hic esse possint, declarabit. Vendicationem & actionem ad exhibendum sustulit lex 12. tabb. Actio de tigno juncto adversus eum solum comparata est, qui ipse tignum junxit, *leg. 1. de tign. iunct.* In factum actio, de qua in *l. in rem 23. §. item quæcumque de rei vend.* non datur adversus eum, cujus nullum factum intervenit. Sed nec actio hic esse potest negotiorum gestorum: quia qui in rem tanquam suam aliquid impendit, suum negotium, non alienum gerit; qua ratione etiam ei denegatur repetitio, *l. 5. C. de rei vend.* Et generaliter omnibus, qui non sunt hoc animo, ut quid ab alio repetant, aut alium sibi obligent, *l. 4. C. de neg. gest. l. in hoc 14. §. 1. vers. diversum comm. divid.* quippe actus agentium non operantur ultra eorum intentionem, *l. non omnis 19. de reb. cred.* Postremò nec condictionem indebiti habere potest: nam ut disserit Iul. *l. si in aream 33. de cond. ind.* qui possessionem ultro domino tradit, nullum cum eo negotium gerit, nihil in eum confert: tantum quod suum est dominus suo jure recipit. In quam rem extat & generalis definitio Pomponij, ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repeti non posse, *leg. ex quibus §. 1. d. tit.* Sed non opus est hac inductione: de singulis si quis dubiter, constanter veteres omnes scribunt, nullo alio modo impensas in rem alienam factas servari posse, quàm per retentionem; opposita doli mali exceptione, si res à domino vendicetur,

Papinian. l. sumpt. 48. de rei vind. Iulian. d. l. si in area de cond. ind. Paul. l. 14. de dol. mal. exc. Pompon. l. hæres 21. ad Sen. Treb. Quamobrem cùm hoc remedium nulli alij competere possit, quàm possidenti; nobis non licet contra manifestam rationem juris & text. expressos aliud excogitare, quo subveniatur etiam non possidenti, data scilicet ei ultrò pro consequendis impensis actione, idque solo æquitatis obtentu: deficiente causa & fundamento, in quo actio radicetur, per *l. 1. C. de leg.* scilicet facilius alicui actione instituta per officium judicis succurritur in eodem judicio, quàm ut inducatur actio, quæ non nisi ex certis principiis juris nascitur: ac proinde etsi hic sit aliqua obligatio naturalis, quam inducit æquitas, tamen sola naturalis obligatio actionem non producit, nisi jure civili aut prætorio adjuvetur. *Ant. Fab. 26. err. 9 & seq. Cima Fab. anniversf. disp. 13 th. 3.* Existimat quidem D. Cujac 10. *obs* 4. posse non possidentem condictione incerti possessionem repetere, atque ita adhuc contra agentem opposita doli mali exceptione sumptus servare, arg. *l. indebiti 15. §. 1. l. qui exceptionem 40. §. 1. de cond. ind.* Sed multum interest, utrum quis in rem alienam, qua talem, & quam scit se restituere debere, ac proinde animo alium sibi obligandi impensas faciat, de quo casu dd. textus loquuntur; an suo nomine tanquam in rem propriam, qui casus hic proponitur, per text. in *d. l. 14. §. 1. comm. diu. l. 5. C. de rei vend.* Fallitur quoque Martinus Glossator, eumque secutus Gœd in *l. impensæ 79. de verb. sign.* dum non possidenti utilem actionem negotiorũ gestorum dant. arg. *l. 6. §. 3. de neg. gest. l. 8. de pign act l. 7. §. ult. sol. matr.* Nam in *d. l. 6. §. 3.* agitur de eo, qui ad res alienas tanquam alienas gerendas accessit, licet eo animo, ut inde lucrum faceret, aut quasdam interverteret. In reliquis duabus de ijs agitur, qui impensas fecerint in rem, quam ex contractu & à domino acceperunt, quos certum est vel actione contraria vel negotiorum gestorum sumptus in eam factos consequi posse; quod & vulgo hic notant DD. Non obstat nobis, *l. 5. C. de rei vend.* ubi etiam malæ fidei possessor dicitur habere repetitionem necessariarum impensarum. Primùm quia hic non de necessarijs impensis quæritur, sed de utilibus. Deinde quia ex eo, quod dicitur impensarum esse repetitio, non sequitur illicò eo nomine etiam esse actionem: sufficit enim repetitionem esse suo modo per retentionem videlicet & exceptionem: quippe verbum repetitionis, uti petitionis, etiam ad eum pertinet, qui exceptione utitur, *l. 1. de except. l. 15. rat. rem. hab.* neque aliter *in d. l. 5.* accipi potest, ubi agitur de ædificatore constituto in possessione, *D. Don. 10. com. 7. post. Cyn. Castr. Salic. in d. l. 5.* Martini tamẽ sententiam æquitatis commendatione nunc in judicijs prævalere, saltem quatenus dominus locupletior factus est, scribit D. Carol. Molin. *ad consf. Paris. tit. 1. §. 1. gloss. 5. n. 82, & seqq.* quod promptius admittendum in eo, qui bona fide in alieno ædificavit, per *l. si & me & Titium 32. de reb. cred. Paul. Bus. ad l. 33. de cond. indeb. Dion. Tuld. hic c. 58.* nam & hic diruto ædificio materiam ipsam vendicare non prohibetur, *add. Garz. de expens. & meliorat. c. 1. n. 24. & c. 7. Zypæ. not. jur. Belg. de rei vend.*

Vtique si bona fidei possessor fuerit &c.] Non satis est ad servandas impensas ædificatorem in possessione constitutum esse, nisi factæ sint bona fide: malæ fidei possessori hæc impensarum deductio denegata est, *l. Iulian. 37. de rei vend. l. idque 45. §. 1. in fin. de act. empt. l. 5. C. de ædif priv.* Quibus consentaneum, quod scribit Papinian. *l. sumpt. 48. de rei vend.* sumptus in prædium alienum factos peti quidem non posse, sed exceptione doli opposita per officium judicis æquitatis ratione servari, si à bonæ fidei possessore facti sint; ut intelligamus in malæ fidei possessore ne æquitatis quidem ratione eo pacto servari debere. Et enim si is item simili se exceptione tueri velit adversus dominum vendicantem, culpam ei objici posse & à domino replicari, quod temerè & sciens ædificaverit in alieno solo, *hoc text. & l. 7. §. ex diverso eod. l. Iulian. 37. de rei vend.* Denique sumptus per errorem factos hac ratione servari posse, *l. sin autem 27. §. ult. d. tit.* qui improbè facti sunt, restituendos non esse, *l. 5. C. de ædif. priv.* Quid igitur est, quod Paulus scribit *l. planè 38. de hær. pet.* etiam in prædonis persona haberi rationem impensarum ne petitor ex aliena jactura locupletetur? Non distinguam, ut vulgo, inter petitionem hæreditatis & specialem actionem in rem; neque enim adhuc ulla ratio mihi probabilis visa, cur in proposito hæc judicia separentur: sed animadvertendum est, Paulum non simpliciter dicere, etiam prædonem impensas deducere, aut imputare, sive per retentionem opposita doli mali exceptione servare: verùm in hujus quoque persona haberi rationem impensarum necessariarum & utilium. Quod sic omnino accipi debet, ut necessarias quidem deducat, (nam necessariarũ impensarum deductio tributa est omnibus possessoribus, etiam qui mala fide possident, *l. 5. C. de rei vind.*) utiles verò, de quibus solis hic quæritur, sine læsione rei tollat, *d. l. Iulian. de rei vend. d. l. 5. C. eod.* Nam ita quoque in prædonis persona utilium impensarum ratio habetur, quarum tollendarum stricto jure nulla ei potestas. Quid ergo si nolit petitor pati, ut utiles impensas tollat? Potest sanè id pro suo jure facere, *l. in fundo 38. de rei vend.* sed hoc casu utiles

les quoque impensæ deducentur, ne quod ait Paulus ex aliena jactura petitor lucrum sentiat : quæ ratio in utilibus impensis hoc demum casu locum habet, non autem si paratus sit petitor pati ut tollantur. Ita *D. Ant. Fab. conj. 1. & dec. 26. err. 8, & seqq.* cui in hoc assentior, licet D. Bachovius vulgatam inter petitionem hæreditatis & singularum rerum distinctionem magis probet *not. ad Treutl. 1. disp. 14. thes. 19. & p. 2. disput. 20. thes. 6.* Alij d. l. 38. restringunt ad impensas utiles & necessarias simul. Sed tunc nihil definierit Jurisconsultus de utilibus tantùm: & tam utiles simpliciter, quàm quæ simul necessariæ sunt, intellexisse Jurisconsultum, ostendunt exempla, quæ in *l. 39. eod. tit.* mox proferuntur : inter quæ & litis æstimatio servorum gratia soluta ; quæ utique utilis tantum impensa est, non etiam necessaria. Quæstio universa de retentione rei ob sumptus in eam à possessore factos, multas & magnas recipit varietates, tum ex personis possessorū & petitorum, tum ex causis & generibus sumptuum, & quæ omnia sigillatim persequi non est hujus loci, *vid. D. Donell. 20. comm. 7. Costal. in l. in fundo 38. de rei vind. & in l. si in area 33. de cond. ind. Menoch. rec poss. rem. 15. n. 500. & seqq. Charond. lib. 10. resp. 16. Garz. de expens. & meliorat.* & alios allegatos à *D. Christin. vol. 2. decis. 174.*

TEXTUS.

31. *Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit. Et ex diverso ; si Titius suam plantam in Mævij solo posuerit, Mævij planta erit : si modò utroque casu radices egerit : antè enim quam radices egerit, ejus permanet, cujus fuerat. Adeo autem ex eo tempore, quo radices egerit planta, proprietas ejus commutatur, ut si vicini arbor ita terram Titij presserit, ut in ejus fundum radices egerit, Titij effici arborem dicamus : ratio enim non patitur, ut alterius arbor esse intelligatur, quàm cujus in fundum radices egerit. Et ideò circa confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.*

NOTÆ.

31. SI TITIUS ALIENAM PLANTAM] *d. l. 7. §. ult. h. t. l. 26. §. 2. eod. l. 5. §. 3. de rei vind.*

SI MODO UTROQUE CASU RADICES] Quia ex eo tempore, non solùm ut superficies solo adhærescit, & cum solo unum corpus constituit, *l. 40. D. de act. empt.* sed etiam ex solo alimentum trahit: unde nec eadem arbor, quæ in alieno solo coaluit, manere intelligitur, nec denuò eruta ad priorem dominum revertitur, *d. l. 26. §. 2. h. t.* Cæterùm Nerva & Varus priori domino utilem in rem actionem dabant, *l. 5. §. 3. de rei vind.*

COMMUNIS FIT] Non pro indiviso, sed pro regione cujusque prædij, *l. 8. h. t.* eruta autem pro indiviso communis esse incipit, *l. 19. comm. div. l pen. pro soc.* Itaque in *d. l. 8. §. 1.* pro *& sunt pro indiviso communia prædia*, legendum est, *pro diviso.* Cujac.

COMMENTARIUS.

1. *Proprietatem arboris transplantatæ post coalitionem ita immutari, ut ne eruta quidem ad priorem dominum revertatur.*
2. *Quomodo priori domino consulatur de pretio plantæ, primùm ei, qui alienam posuit in solo suo, deinde & qui suam posuit in alieno.*
3. *Pomponius cum Gaio & Justiniano conciliatus.*

SEcunda species cessionis propositæ est plantarum positarum in alieno solo : de qua ita post Gaium in *l. 7. §. ult. hoc tit.* scribit Iustinianus: *Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit.* Et ex diverso, *si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit, Mævij planta erit : si modò utroque casu radices egerit : ante enim quàm radices egerit, ejus permanet, cujus fuerat.* Tria sunt, quæ his verbis docemur. Primum est, plantas in alieno solo positas ejus manere cujus fuerant, usque dum radices egerint, alterum, ex quo radices egerint, solo cedere & incipere ejus esse, cujus est solum: tertium, nihil in proposita specie interesse, utrùm quis in suo solo plantam alienam posuerit, an in solo alieno plantam suam. Ratio cessionis suprà est expositа : cui etiam hæc accedit, quòd plantæ non tantùm in solo consistant, sed ubi radices egerint, etiam ex eo solo alimentum capiant & succum, citra quem vivere ac vegetari non possunt, *l. sed si meis 26. §. 2. hoc tit.*

Si modò utroque casu radices egerit] Idem valet, si coaluerit. *§. seq. & d. l. sed si meis 26. §. 2. eod. l. hoc amplius 9. §. Alfenus de damn. inf.* nam radicum immissione fit, ut plantæ cum terra coalescant & uniantur, ut jam earum non sit separatum à fundo corpus, *l. Q. Mucius 40. de act. emp.* coaluisse autem & radices immisisse, certum indicium est, si vivit adhuc & vegetatur arbor post id tempus, quo emori & exarescere poterat; & certius etiam, si quid ex se emittat, aut fructum ferat. Et sciendum est, proprietatem arboris transplantatæ, ubi semel radices egerit, ita commutari, ut nec eruta posteà ad priorem dominum

revertatur, *d.l.sed si meis* §.2. Quamobrem nec ei sic consultum est, ut domino materiæ, quæ juncta est alieno ædificio : quippe quam dominus, cùm eadem maneat & suo sensu, ejusdem diruto ædificio vendicare potest: *leg.2. C.de rei vend.* arbor autem quæ in alieno terræ coaluit, non manet eadem, sed fit alia & nova alieno novi soli alimento, *d.l.sed si meis* §.2 Hinc etiam est, quod qui plantam suam in alieno posuit, nec possidens retentionem habeat in hoc ut positam sibi tollere liceat, cùm nec separata ejus sit: quod contra est in eo, qui ex sua materia in alieno ædificavit, *l.sin autem* 27.§. *ult.l.Iulianus* 37.*de rei vend.l.5. C.eod. vid.* §. *præced.* Cæterùm æquum est, adversus eum, qui alienam arborem in suum transtulit, de pretio saltem priorî domino arboris consuli, nec sic res ei pereat alieno facto, ut nec æstimationem consequatur. Dabimus ergo ei actionem in factum ex definitione *l.in rem* 23.§. *item quæcumque de rei vend.* Varus & Nerva utilem in rem dabant, *l.5.§.de arbore d.tit.* nimirum pretij consequendi gratia : nam directam in rem non habet, *l.9.§. Alfenus de damn. infect.* Adversus eum, qui mala fide transtulit, est etiam actio furti & condictio furtiva, ut adversus furem, §. *ult.inf.de obl. quæ ex del.* Est & vindicatio & ad exhibendum, non quasi adversus possidentem, sed quasi qui desierit possidere, *l.1.in fin.& l.2. de tign.junct.* At si quis suam plantam posuerit in alieno, hic eadem obtinebunt, quæ diximus de eo, qui ex sua materia in alieno ædificavit. Igitur si possessione excidit, nullam de pretio arboris aut sumptibus à se factis actionem habet : nam nec in factum dari potest; quia hæc est de damno alij dato : solum hoc ei relinquitur, ut si bona fide posuit, & adhuc in possessione est, æstimationem & sumptus servet per doli mali exceptionem, *leg. si quis sciens* 11.*C.de rei vend.l.qua ratione* 9.*in pr.hoc tit.* Malæ autem fidei possessori culpa objici potest, quod temerè plantam posuerit in solo, quod sciebat alienum esse, *arg.* § *præced.*

Vt in ejus fundum radices egerit.] Sic nimirum ut tota jam ex terra Titij alatur : quod aliquando contingere potest; veluti si veteribus radicibus exarescentibus aut putrescentibus novas arbor in vicini fundum projiciat, ita ut jam omne alimentum ex terra vicini duntaxat trahat. Consulendi hic rei rusticæ studiosi. Illud à mente & verbis Justiniani planè alienum est, quod quidam scribunt, non veterem arborem, quæ in vicino fundo posita in Titij fundum radices egerit, Titij fieri; quasi impossibile sit, ut ea omnes radices in Titij fundum agat, sic ut tota inde alatur; sed novam, quæ fortè ex ramis in terram Titij depressit, exurgat. Ait enim Justinianus, proprietatem arboris commutari, quod omninò de vetere arbore, quæ ante vicini erat, accipiendum est : & quod sequitur de arbore propè confinium posita, eam communem fieri, si in vicini quoque fundum radices egerit, non de alia accipi potest, quàm quæ anteà fuerat tota unius.

Si etiam in vicini fundum radices egerit, communis sit] Efficit hoc eadem ratio : sed hoc sic temperandum, si ea arbor in vicini fundum etiam integras aliquot radices egerit; nam si extremas tantùm radicum partes in vicini fundum porrexerit, quamvis inde nonnihil alimenti capiat, ejus tamen manet, cujus in fundo origo eius fuit; eò quòd radices magis juxta arboris truncum spectandæ, quàm partes earum extimæ. Et ita Pomponius in *l.6.§.ult.arb.furt.cæs.* cum Gajo & Justiniano conciliandus, *D.Pac.in analys.hic.* 3

Communis sit] Abusivè. Non enim pro indiviso communis fit, sed pro regione cujusque prædij, *l. pro regione* 8. *hoc tit.* Cæterùm eadem arbor eruta communis esse incipit pro indiviso, tanquam partibus, quæ prius certis locis distinguebantur, jam invicem confusis. Eademque ratio est lapidis in confinio nati, & item postea exempti, *l.arbor* 19. *comm.div.l pen.pro soc.* Rectèque monet D. Cujac. *hic in d.l.pro regione hoc tit.* legendum esse, *& sunt pro diviso communia prædia*; non ut in codice Pisano legitur, *pro indiviso*. Et verò confinium non est, nisi in fundis vicinis, qui finibus discreti sunt.

TEXTUS.

32. *Qua ratione autem plantæ, quæ terræ coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quæ sata sunt, solo cedere intelliguntur. Cæterùm sicut is, qui in alieno solo ædificavit, si ab eo dominus petat ædificium, defendi potest per exceptionem doli mali, secundum ea quæ diximus : ita ejusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is, qui alienum fundum sua impensa bona fide coluit.*

NOTÆ.

32. QUÆ SATA SUNT ; SOLO CEDERE] *l.9. pr. D.h.t.* non enim, amplius semen, quod solo injectum est, inspicitur, sed solum, in quod injectum est, *l.25.pr. & §.1.D.de usur.l.11. C.de rei vind.*

BONA FIDE COLUIT] Addendum hoc Cajo *d.l.9. pr.* nam bonæ fidei possessori tantùm hæc exceptio competit; *d.l.11.*

COMMENT.

Ministerio de Cultura 2024

COMMENTARIUS.

TErtia species accessionis superiori planè similis est, frumentorum, quæ in alieno fundo sata sunt: nemo enim unquam dubitavit, quin si in meo fundo tuum frumentum severim, segetes meæ fiant: & ex diverso, si tuum fundum meo frumento conseveriim, tuæ fiant: non enim semen, quod injectum solo est, ampliùs inspici placuit, sed solum, in quod injectum est, & corpus unde segetes nascuntur, *l. qui scit. 25. in pr. & §. 1. de usur.* Quibus autem modis domino plantæ, quæ in alieno terræ coaluit, consulitur, ijsdem & domino injecti seminis. Igitur si quis suum fundum alieno semine bona fide conseverit, non poterit dominus seminis alia actione, quàm in factum æstimationem consequi: adversus eum autem, qui idem fecerit mala fide, est actio furti & condictio furtiva: est & in rem & ad exhibendum; ut adversus eum, qui dolo malo desijt possidere. Quod si quis alienum fundum suis impensis conseverit, siquidem bona fide, is, si in possessione sit, poterit per retentionem impensas à se factas servare oppositæ doli mali exceptione, si res vindicabitur, *l. 9. pr. hoc tit.* possessione verò amissa nullam impensarum nomine actionem habet. Si mala fide, ne possidens quidem vel per retentionem quicquam servare potest, *l. si quis 11. C. de rei vend. fac. l. qui alienum 14. de donat.*

TEXTUS.

33. *Literæ quoque licet aureæ sint, perinde chartis membranisve cedunt, ac solo cedere solent ea, quæ inædificantur, aut inseruntur. Ideoque si in chartis membranisve tuis carmen vel historiam vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si à Titio petas tuos libros, tuásve membranas, nec impensas scripturæ solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si earum chartarum membranarúmve possessionem bona fide nactus est.*

NOTÆ.

33. MEMBRANIS CEDUNT] Eadem ratione, qua superiora; quia chartæ & membranæ instar soli sunt, & fundamenti, quo literæ sustinentur, *d. l. 9. §. 1. h. t. l. 23. §. 3. D. de rei vind.*

PER EXCEPTIONEM DOLI MALI] Qua opposita per retentionem rei impensam scripturæ consequetur, *d. l. 9. §. 1.*

COMMENTARIUS.

HÆc quarta species est hujus generis accessionis. Ait, litteras, licet aureas, chartis membranisve cedere, perinde ac solo cedunt quæ inædificantur aut inseruntur, ut nimirum totius corporis idem sit dominus, qui & chartæ aut membranarum fuit, eadem ratione, qua superiora, quod scilicet velut in alieno solo positæ habeantur, ac necesse sit ei rei eas cedere, sine qua esse non possunt; quæ Pauli ratio est hujus generis accessionũ omnium communis, *l in rem. 23. §. 3. de rei vend.* qui etiam alibi disertè affirmat, id quod in charta mea scriptum est, meum esse *l. 3. §. pen. ad exhib.* Etsi igitur litteræ aureæ sint, ut hic dicitur, & in *l. 9. §. 1. eod.* chartisque longè pretiosiores, tamen accessionis vice chartæ cedant necesse est: ut & purpura, licet pretiosior sit, vestimento cedit, & superficies, quæ & ipsa plerumque pretiosior est solo. Contra hanc tamen acquirendi rationem disputat hoc loco D. Hotomannus. Ait, absurdam esse chartæ & soli, ædificij & scripturæ comparationem: non enim sicut area ædium, ita & chartam carminis vel historiæ in ea scriptæ partem esse. Chartam ex earum rerum numero censendam, quæ usu delentur: nam eam scriptura impositа quodammodo interire & consumi: atque ob id sufficere debere, si domino æquè bona reddatur aut solvatur ejus æstimatio. Sanè perquam iniquum & absurdum videri, eũ qui fortè rationes suas aut meditationes in aliena charta scripserit, quas plurimum ejus interfit cum aliis non communicari, scripturam amittere, easque chartas à domino vendicari posse. Et quid si invẽtarium sit, aliúdve instrumentum, in quo fortunæ alicujus positæ? Sed verum non est quod Hotomannus ait, chartam accessione litterarum perire aut consumi, totaq; sua disputatione nihil aliud efficit, quàm quod in proposito, si fortè tales species, qualium ille meminit, inciderint, ratio huius juris non præcisè servanda sit. Quis autem hoc neget? Hodie etiam totum hoc jus mutatum creditur, ut jam non ampliùs scriptura chartæ: sed charta scripturæ cedat, chartamque ad se per prævalentiam scriptura trahat, testis post alios *Mynsing. hic.* ex nostris *Grotius lib. 2. manud. c. 8. add. Diod. Tuld hic c. 38.*

Poterit se Titius defendere per except.] Scribenti nisi chartam possideat, scriptura sua perit: nam neque vindicare eam potest, quia totum vendicaret, quod illius non est: nec ad exhibendum agere, ut scriptura separetur, quod fieri non potest. In factum quoque actionem non habet, non

magis quàm cæteri, qui in alieno quid posuerunt, quod solo cesserit: adeoque ipse suo sibi facto scripturam adimit, dum chartæ adjicit, cujus dominus eam à re sua accipit, ut dominus soli à solo accipit ædificata & sata, *l. si in area 23. de cond. ind. l. 11. C. de rei vend.* Tantum exceptio doli bona fide possidenti relinquitur, ut per retentionem rei impensam scripturæ consequatur, *d. l. 9. §. 1. hoc tit.* nec aliter tamen, quàm si & scriptura utilis sit domino chartæ, ut ea recepta locupletior fiat propter scripturam, *arg. l. in fundo 38. de rei vend.* Cæterùm non ut qui soli dominus est, alienam materiam aut plantam solo suo jungere potest, ita & qui dominus est chartæ, alienam scripturam chartæ suæ imponere. Quamobrem nec omnia, de quibus in superioribus, ad hanc speciem applicari possunt.

TEXTUS.

34. *Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturæ cedere: aliis videtur picturam (qualiscumque sit) tabulæ cedere: sed nobis videtur melius esse, tabulam picturæ cedere. Ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasij in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. Unde si à domino tabulæ imaginem possidente is, qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulæ, poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is, qui pinxit, eam possideat, consequens est, ut utilis actio domino tabulæ adversus eum detur: quo casu si non solvat impensam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli: utique si bonæ fidei possessor fuerit ille, qui picturam imposuit. Illud enim palam est, quod sive is, qui pinxit, surripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio.*

NOTÆ.

34. ALIIS VIDETUR PICTURAM] Inter quos & Paulus *l. 23. §. 3. D. de rei vind.*

NOBIS VIDETUR MELIUS] Amplectitur sententiam Caij *in l. 9. §. 2. h. t.* propter pretium picturæ, id est, propter dignitatem & præstantiam artis. Igitur ζωγραφία, efficacior est pictura litterarum.

PICTURAM APELLIS VEL PARRHASII.] Placuit tamen in universum tabulam picturæ cedere etiam ignobilioris alicnius pictoris, nec tam artificis, quàm artis excellentiam spectari, *d. l. 9. §. 1.* De Apelle, Parrhasio, aliisq; primæ notæ pictoribus. Plin. 35. c. 9 10.

QUI PINXIT EAM PETAT] Recta sive directa vindicatione, quæ pictori, ut domino, competit, *d. §. 2. l. 9.*

UT ILLIS ACTIO] Quæ etiam non domino quibusdam casibus datur, *l. 5. §. 3. D. de rei vind.*

COMMENTARIVS.

1. *Cur in pictura à communi ratione acquirendi recessum.*
2. *Quid si non Apelles aliquis sed inferioris notæ pictor in aliena tabula pinxerit.*
3. *Quomodo succurratur domino tabulæ adversus pictorem.*
4. *Quid si pictor imaginem retinere malit, pretio tabulæ contra oblato.*
5. *In concursu adversus tertium possessorem uter præferendus.*
6. *Eum qui sciens in aliena tabula pinxit, ejusdem conditionis videri, cujus, qui sciens in alieno solo ædificavit.*

QUinta & postrema hujus generis species est pictura, quæ & ipsa ex eadem ratione tabulæ, cui imposita est, cedit. Neque quicquam de jure cessionis mutat pretium picturæ; alioqui dicendũ esset, nec ædificium areæ, nec purpuram vestimento, nec litteras aureas chartis cedere debere: naturale enim est, ut adjunctum cedat subjecto, hoc est ei rei, sine qua illud esse non potest, licet majoris sit pretij, ut disputat Paulus contra nonnullos veterum, qui de pictura contrà sentiebant, *l. in rem 23. §. 3. de rei vind.* Cæterùm Justinianus hic insuper habita, & auctoritate & ratione Pauli, veterum illorum, inter quos & Gajus noster fuit, *l. 9. §. 2. hoc tit.* sententiam amplectitur, vultque nominatim quod iis placebat, in specie proposita subjectum cedere adjuncto, tabulam picturæ. Rationem si quæras, scribit Paulus, *d. loc.* eos, qui in pictura à communi acquirendi ratione recedendum putabant, ita sensisse propter pretium picturæ: quamvis ei hæc ratio tanti visa non sit, ut ob id diversum jus in pictura statui debuerit. Et sanè non est, si ea de solo pretio rei pictæ accipiatur; verùm arbitror veteres maximè pretium ipsius artis spectasse, cujus scilicet tanta sit dignitas, præstantia atque nobilitas, ut quæ ab ea profecta sunt, etiam prærogativam aliquam in re, de qua agimus, mereantur. Sanè vocis picturæ significatio id non impedit: quippe qua non minus ars ipsa pingendi, quàm res aut tabula picta denotatur: veluti cùm dicimus,

mus, certare pictura, docere, exercere picturâ &c. *Plin lib. 35. c. 9. Certamen picturæ institutum est Corinthi ac Delphis* & ejusdem *lib. c. 10. Hujus* (Pamphili Macedonis) *auctoritate effectum est Sicyone, ut pueri ingenui picturam in buxo docerentur.* Quanto autem hæc ars in pretio atque honore fuerit, vel ex eo æstimare licet, quod dignatione liberalium censeretur; & quidem in primo gradu; eamque solos ingenuos & honestos exercere fas esset, interdicto perpetuo ne servitia docerentur, teste *Plin. d. loc.*

Alius videtur, picturam, qualiscumque sit, tabulæ cedere] Hoc est, picturam, etiam quæ maximi pretij sit, & nobilissimam, cedere tabulæ cui imposita est; licet longè viliori. Inter hos autem & Paulus noster est, *d. l. in rem 23. §. 3. de rei vind.* cujus sententia cum aliis locis, à quibus commodè separari non potuit, in contextum fortè irrepsit. Qui negant, Paulum ab aliis dissensisse, eos oportet esse egregios dissidentium opinionum conciliatores.

Picturam Apellis vel Parrhasij] Quid ergo, si non Apelles aliquis, aut Parrhasius, Zeuxisve aut Phidias, sed alius longè inferioris notæ pictor imaginem in aliena tabula posuerit? An dicemus, imaginem, quam ille pinxit, tabulæ cedere, quia Justinianus insignium tantùm pictorum mentionem facit? Mihi quidem non videtur ea mens esse Imperatoris. Cùm Gaius, cujus sententiam hic sequitur & approbat, simpliciter pronunciet, placere tabulas picturæ cedere, *d. l. 9. §. 2. hoc tit.* Et sanè non satis rationi convenit, ob excellentiam alicuius artificis jus in universum mutare, quod hic factum est. Quamobrem existimo, Justinianum exempli tantùm causa insignium horum pictorum meminisse; in universum autem non artificis, sed artis præstantiam cum cæteris spectasse: ità propemodum, & *D. Tulten. hic 38. & Fabrot. ad Theoph.* De Apelle, Parrhasio, aliisque primæ notæ pictoribus antiquis, vid. *Plin. dd. locis.*

Is qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulæ] Ex sententia Iustiniani & Gaij competit ei, qui pinxit, adversus dominum tabulæ, recta vindicatio. Hinc quia domino tabulæ etiam vice mutua cavendū, ne cum re sua pretiū quoque alieno facto amittat, placuit, eum, qui pinxit, non aliter in rem efficaciter experiri, quàm si pretiū tabulæ inferat; alioqui nocitura ei doli mali exceptione, *d. l. 9. §. 2.*

Consequens est ut utilis actio domino tabulæ] At cui consequens? Nihil enim hactenus dictum, unde hoc consequatur. Imò ex eo, quod tabulam picturæ cedere dictum est, eumque, qui pinxit, dominum tabulæ fieri, contra potius colligas priori tabulæ domino omnem omnino vendicationem negari. Verùm arbitror, Iustinianum hoc significare 3
velle; cùm omnibus, qui rem suam sine facto suo hoc jure amittunt, actione aliqua succurratur, qua, si non rem, saltem pretium consequantur, æquissimum esse, ut subveniatur & domino tabulæ, qui rem suam similiter amisit: cumque eo nomine variæ comparatæ sint actiones pro conditione rerum junctarum, veluti ad exhibendum, si separari possunt; *l. 6. ad exhib.* si non possunt; actio in factum: *d. l. in rem 23. §. item quæcunque de rei vind.* nonnunquam etiam ex æquo & bono contra severitatem juris detur utilis in rem, ut in specie *l. 5. de arbore eod. tit.* quæ propè abest à nostra: placere etiam hanc eadem æquitatis ratione domino tabulæ accommodari. Et fortassis hoc eo facilius, quia tabula eadem & integra manet, & hoc respectu etiam quodammodo ejusdem: nam & materia, quæ ædificio juncta est, simili ratione ejusdem manere dicitur: nec dubito, quin deleta pictura aut inducta, in pristinam causam tabula redeat, & recta possit à domino vendicari, *arg. l. si habitator 59 de rei vind. l. 2. C. eod.* contra quam existimat Cantiunc.

Nec solvat impensam picturæ] Quid ergo, si pictor 4
imaginem retinere malit, pretio tabulæ contra oblato? uter audiendus? Haud dubiè pictor: quippe qui juris auctoritate verus dominus factus etiam directam in rem adversus possessorem dominum tabulæ actionem habet: qua scilicet efficaciter experiatur, etiam si possessor retinere malit, paratus solvere impensā picturæ, ut rectè post Gloss. commun interpp. censent: quibus proinde etiam in eo assentior, quod in converso adversus tertium possessorem, eum qui pinxit, domino tabulæ præferunt: licet D. Donellus *lib. 4. comm. c. 36.* contra disputet, neutrumque alteri velit præferri, sed occupantis meliorem esse conditionem; in eo errans, quod existimat, utilem in rem actionem in specie proposita ejusdem esse efficaciæ, cujus est directa, contra mentem Imperatoris & Iurisconsulti, quos manifestum est, sicut tabulam picturæ cedere volunt, ita etiam, pictorem quàm dominum tabulæ, actionem directam quàm utilem, potiorem esse voluisse. Disputatio autem Fabri, quando actio utilis directæ præferatur; huc non pertinet: sed locum habet in actionibus in personam, aut ubi quis à domino jus aliquod dominio proximum habet, ut emphyteuta & superficiarius.

Vtique si bonæ fidei possessor fuerit, &c.] Num igitur ei, qui mala fide pinxit, hac parte juris nullo modo consultum est? Et doli quidem mali exceptio apertè hic possidenti denegatur, licet dominus tabulæ tabulam ab eo petat non oblato pretio picturæ. Cæterum omissa exceptione doli, poteritne saltem (quod Wesembecio & Bachovio

Ministerio de Cultura 2024

chovio placere video) excipere de dominio tabulæ, atque ita vincere oblata tabulæ æstimatione; cùm mala fides non impediat, quominus hisce modis per accessionem dominium quæratur? §. *si tamen 26. sup. eod.* Mihi videtur Iustinianus non ob
6 scurè ei, qui sciens in aliena tabula pinxit, eadem ratione exceptionem denegare, qua supra denegavit ei, qui sciens ædificavit in alieno solo; nimirum quod hic pictor operam suam & rem, quam contulit, sua voluntate amisisse intelligatur, sicut ille operam & materiam. Quod si possidenti nullam damus exceptionem, multo minus amissa possessione erit ei in rem actio adversus dominum tabulæ, quamvis pretium offerat.

TEXTUS.

35. *Si quis à non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliáve qualibet justa causa, æquè bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura & cura: & ideo si postea dominus supervenerit, & fundum vendicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei verò qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est: itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.*

NOTÆ.

35. QUEM DOMINUM ESSE CRED.] Aut jus alienandi à domino aut lege habere, puta procuratorem aut tutorem esse, *l.109. de verb. sign.*

VEL EX DONATIONE,] Igitur malè distinguit Pac. inter possessorē ex causa onerosa & lucrativa.

ALIA IUSTA CAUSA,] Idonea ad transferendum dominium, ut venditio, permutatio, donatio, &c.

PERCEPIT FRUCTUS] Non industriales tantum, sed etiam naturales, ἀσπάζεται τῇ ἀνηρόσει, *l.48. D. h.t. leg.77. D. de rei vind. l.13. quib. mod. us. am.* Nam b.f. possessor fructus jure soli percipit, atque eo jure, quod dominis prædiorum tributum, sive, qui agrum vectigalem habet, *l.25 §.1. D. de usur.* Obst. *l.45. D. d.t.* Resp. intelligenda est de possessoribus, qui justum titulum non habent.

QUOS PERCEPIT] Percepti intelliguntur simul atque à re, qua tenebantur, quocunque modo separati sunt, *d.l.48. h.t. l.78. de rei vind. l.13. quib. mod. us. am. l.25. §.1. de usur.*

PRO CULTURA ET CURA] Hæc non est sola hujus acquisitionis ratio: præcipua quærenda est in persona bonæ fidei professoris, *d.l.25. §.1. d.l.48. l.136. de reg. jur.*

FRUCTIBUS CONSUMPTIS] §.2. *inf. de off. jud. l.4.* §.2. *D. fin. reg.* Ex contrario igitur extantes omnes restituere tenetur: quod & traditum, *l.22. C. de rei vind.*

QUI ALIENUM FUNDUM SCIENS] Malæ fidei possessor cum ipsa re etiam fructus, licet consumpti sint, restituere cogitur, *d.l.21.* teneturque de extantibus rei vindicatione, de consumptis condictione, *l.3. C. de cond. ex leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit fructus, & quotuplex,*
2 *In persona acquirentis quæ spectanda.*
3 *Quando fructus percepti intelligantur.*
4 *Præcipuam & adæquatam hujus acquisitionis causam esse possessoris bonam fidem.*
5 *Denegari possessori fructuum acquisitionem, ex quo cognovit rem alienam esse.*
6 *Nihil in proposito interesse, titulo oneroso possideat quis, an lucrativo.*
7 *Ostenditur multis cum rationibus tum exemplis qualitatem fructuum nihil de hac acquisitione mutare.*
8 *Pomponius cum aliis conciliatus.*
9 *Bona fidei possessorem fructus omnes consumptos lucrari, non consumptos restituere.*
10 *An bon. fid. possessor consumptorum fructuum nomine teneatur, quatenus ex eis locupletior factus est.*
11 *Quid circa præsentem disputationem in praxi obtineat.*
12 *Malæ fidei possessorem, nullos fructus aut percipiendo suos facere, aut consumendo lucrari.*

MOdos acquirendi jure gentium commodioris doctrinæ gratia ita suprà distinximus; quod quædam eo jure nobis acquirantur facto nostro & occupatione; quædam solius rei nostræ beneficio ac potestate: in quibus tamen explicandis ordinem à Compositoribus servatum hic sequi necesse fuit; & ferè jam hi modi etiam speciatim à nobis expositi sunt: omnes quidem omnino & singuli, quibus sine facto nostro sola rei nostræ vi acquirimus: quibus verò facto nostro, paucis exceptis, scilicet inventione thesauri, & apprehensione rerum, quæ à dominis vel traduntur, vel pro derelicto habentur: de quibus adhuc postea dicendum. Ad neutrum autem horum modorum videtur referri posse acquisitio fructuum ex re aliena bona fide possessa perceptorum.

ptorum. Neque enim fiunt bonæ fidei possessoris, jure & potestate rei suæ, unde non nascuntur; neque solo ipsius facto, puta cultura, cura, perceptione: nam eadem ratione fierent & malæ fidei possessoris, atque ab alio percepti, agróve ab alio consito, bonæ fidei possessoris non fierent: licet perceptio in bonæ fidei possessore sit causa sine qua non. Denique nec ulla alia ratione videtur hæc forma acquisitionis defendi posse: nam cùm inter cætera, quæ potestate rei nostræ jure gentium acquirimus, vel maximè sint fructus, qui ex ea nascuntur: *l. qui scit, in pr. & §. 1. de usur. l. 2. & l. 6. hoc tit. l. 11. C. de rei vend. §. item c. 19. sup. eod.* ejusdem quoque juris ratione convenire videtur, ut ijdem fructus nostri maneant, etiam cùm à re, unde extiterunt, separati sunt. Nam si fructus pendentes pars sunt fundi & ejus, qui fundi dominus est, *l. fructus pendentes 44. de rei vend.* necesse est etiam separatos ejusdem manere: id enim est quod dicitur, meum esse, quod ex re mea supereſt, *l. solum 49. §. 1. d. tit.* Et res ita habet. Cæterùm hæc acquisitio istius regulæ quædam exceptio est; placuitque hic rem ipsam potius, quæ acquiritur, & personas acquirentium, quàm modũ formámve acquisitionis communẽ spectari. Tres igitur causæ sunt, quæ huic acquisitioni locum faciunt; res, quæ acquiritur; persona acquirentis; acquirendi ratio & modus. Res, quæ quæritur, sunt fructus. Fructus, teste Varone 4. *de ling.* à ferendo dictus est, ut sit omne id, quod res ferat. Nostri cum generalibus loquuntur, appellatione fructus omnem reditum, omnem obventionem, omneque commodum, quod vel ex re nascitur, vel per causam rei percipitur, complectuntur. Hinc nata fructuum divisio in civiles & naturales. Civiles dicuntur, qui non ex corpore rei nascuntur, sed extrinsecus per occasionem rei jure percipiuntur; cujus generis sunt usuræ, mercedes, pensiones, reditus annui: unde nec propriè fructus sunt, *l. usura 121. de verb. sign. l. si navis 62. de rei vend.* sed in fructu numerantur, quia vicem fructuum obtinent, *l. videamus 19. l. usura 34. l. prædiorum 36. de usur. leg. mercedes 29. de her. pet.* eorumque etiam ratio habetur in judicijs prætorijs, *l. ancillarum 27. §. 1. & 3. seqq. d. tit. d. l. si navis de rei vend.* Cæterum de isto genere hic non quæritur. Naturales fructus sunt, quos natura ex re ipsa producit: eorumque duplex item potest esse consideratio: aut enim natura sola & αὐτομάτως, sponte magis, quàm diligentia hominis, proveniunt, ut poma, oleæ, nuces, lignum, fœnum: aut natura quidem adjutrice, cæterum facto magis & industria hominum: quos quia natura non producit, nisi accedat labor & industria hominis, industriales vulgus interpp. appellavit; cujusmodi sunt segetes, legumina, aliaque in agris sata, *l. fructus 45. de usur.* unde hæc distinctio petita. Huc item nonnulli referunt fœtus pecudum, lac, pilum, lanam; *arg. leg. l. 7. §. non solum, 9. sol. matr. VVesemb. hic Don. 4. comment. 25. Menoch. de arb. cas. 120. num. 26.* & sanè hæc absque cura & sumptu possessoris non proveniunt: sed tamen non ideo minus fructus naturales censeri oportere contendit *Pinell. in l. 2. C. de rei vend. p. 2. C. 4. num. 52. & D. Tuld. c. 45. post Curtium 2. conject. ad frat. cap. 44.* Ego cum Bartolo in *l. & ex diverso 35. de rei vend. Covar. 1. resol. 3. num. 6.* existimarem nonnihil hic tribuendum esse arbitrio judicis; quamvis id ad quæstionem propositam parum faciat. Ut ut est, de utroque hoc genere, sed solo disputatur hoc §. In persona 2
acquirentis duo exiguntur, ut possideat, hoc est, animo & affectu dominantis rem teneat, *l. 13. §. 1. de publ. in rem act.* ut possideat bona fide, id est, justam causam habeat, ob quam existimet rem ad se pertinere, *l. qui à quolibet 27. de cont. emp. l. bona fidei 109. de verb. sign.* Modus horum fructuum acquirendorum est perceptio: nec interest, an ipse possessor eos percipiat an alius suo nomine, non possessoris, *l. si fructuarius 13. quib. mod. usufr. amitt. l. qui scit. 25. §. 1. de usur.* Percepti autem fructus intelliguntur, simul atque à re, qua tenebantur, separati sunt; 3
in fundo, cum se terra continere desierunt, veluti spica aut fœno cæso, uva adempta, excussa olea, nucibus & pomis dejectis aut decerptis, licet nondum collecti aut avecti sint, frumentum nondum tritum, vinum aut oleum nondũ factum, *d. l. si fructuarius, & d. l. qui scit. §. 1. l. si ejus 78. de rei vend.* in animalibus, cùm fœtus editus, lac expressum, lana detonsa est, *l. in pecudum 28. de usur. l. bona 48. in fin. hoc tit.* Nonnunquam tamen verbo percipiendi aliquid amplius designatur, quàm simplex illa, quam dixi, fructuum à re separatio: quomodo accipiendum quod Paulus scribit in *d. l. bona*, fructus bonæ fidei possessoris fieri etiam prius quàm eos perceperit; nimirum prius quam perceperit plenè & perfectè; prius quàm eos collegerit, avexerit, quàm spicam triverit, uvas, olivas expresserit, *d. leg. si ejus 78. de rei vend.* Tribuitur igitur hæc acquisitio perceptioni. At quo jure, quáve ratione? Naturali, ut ait Iustinianus hic, nimirum propter culturam & curam possessoris percipientis. Sed enim neque sola hæc acquisitionis hujus ratio est, neque præcipua, ut patet ex ijs, quæ jam disputata sunt: &, si culturæ tantùm aut curæ ratio hic haberetur, hoc solùm possessori concedendum esset, ut impensam & operam in colendo & curando præstitam imputet, atque ad eum dumtaxat modum fructus deducere

vel retinere possit, si aliter ei restitutio non fiat. Principalis verò ratio in persona possessoris quærendo, ea est bona fides, quippe quæ facit, ut possessor penè pro domino haberi debeat, *d.l. qui scit. §. 1. de usur. d. l. bona fidei hoc tit,* & hinc non tantùm fructus, sed & cætera ferè omnia, quæ dominis tribuuntur; eadem tribuuntur & bonæ fidei possessoribus: veluti amissa possessione actio in rem Publiciana, in his rebus quæ usucapi possunt, *§. namque si cui 4. inf. de act. tot. tit. de Publ. in rem act.* item quæ servi alieni & liberi homines bona fide possessi ex operis suis aut re possessoris acquirunt, *§. idem placet inf. per quas pers. cuiq. acq.* In summa, bona fides, tantundem præstat possidenti, quantum rei veritas, quoties lex impedimento non est, ut ait Iurisconsul. in *l. bona fides 136. de reg. iur.*

*Quem dominum esse credideri*t] In hoc potissimum versatur bona fides. Nihil autem interest, putaverit eum dominum esse, qui non erat; an sciverit dominum non esse. & putaverit eum jus alienandi à domino aut lege habere, putà procuratorem aut tutorem esse, *l. bona fides 109. de verb. sign. l. ult. pro empt. l. 13. §. 1. & l. seq. de Publ. in rem act. l. qui à quolibet 27. de cont. empt.* At enim si dominum esse existimet, necesse est ut simul credat esse eum, cui rerum suarum alienatio non sit interdicta: nam si verbi causa à pupillo, quem dominū putet, rem emerit sine tutoris auctoritate, non videtur bona fide emisse, *d. l. 13. §. 2 de Public. d. l. qui à quolibet de contr. empt.* si tutorem putet, ut credat etiam se ab eo emere lege non prohibente, *d. leg. 13. §. 2. l. lex quæ 22 C. d adm. tut.* si existimet procuratorem, ut putet aut esse eum, cui nominatim de re tradenda mandatum sit; aut eum, cui libera negotiorum omnium administratio à domino permissa, *l. jusjurandum 17. in fin. de jurejur. l. 9. §. nihil autem 4. hoc tit.*

Aliáve justa causa] Nam cùm nunquam nuda traditio dominiū transferat, non aliter existimare potest rem in se transferri, quàm si justa causa præcedat, propter quam traditio sequatur, *l. nunquam 31. h. t. d. l. 13. §. 1. de Publ. in rem. act.* Iustam autē causam appellat justum titulum, ex quo si res à domino, eôve, qui jus transferendi habet, traderetur, dominiū statim in accipientem transiret, cujusmodi causæ sunt emptio, donatio dos, permutatio, legatum, judicatū, noxæ deditio, transactio, adjudicatio, *l. 1. & seqq. de Publ. in rem act.* Nec sufficit putare, titulum interveniisse, si non intervenerit: nam ut falsa existimatio nostra usu capionē non parit, ita nec ad fructuum acquisitionē prodesse debet; nisi fortè huic nostræ opinioni causā deberet justa & probabilis facti ignorantia, *vid inf. de usuc. §. error. 6.*

Æquè bona fide acceperit] Neque sufficit possessorem rem ab initio bona fide accepisse, si posteà cognoverit rem alienam esse: nam ex eo tempore, ut bonæ fidei possessor esse desinit, ita quoque ei denegatur fructuum acquisitio, *l. qui bona 23. §. 1. hoc tit.* licet usucapio ipsius rei adhuc procedat, *l. pen. pro empt. l. un. C. de usuc transf.* quippe in usucapione tantùm una acquisitio est, & ideò in ea sufficit, vel initium possessionis justum esse: in fructibus autem acquirendis, ut multæ sunt acquisitiones, ita & in singulis bona fides spectanda, nec unū initium, ut in usucapione, sed singula momenta, *d. l. qui bona §. 1. l. bona fidei 48. §. 1. hoc tit.* Contrarium tamen videri potest, quod scribit Iulian. *l. qui scit. 25. §. 2 de usur* bonæ fidei possessorem etiam eum in percipiendis fructibus intelligi, qui posteà cognovit, rem alienam esse, quamdiu ea evicta non fuerit: nisi dicamus cum Gloss. & Bart. Iulianum nihil aliud significare voluisse, quàm hujusmodi possessorem manere interim in possessione percipiendi fructus, nec in ea perceptione ab eo, qui se dominum esse, intendit, pendente lite, quamdiu de scientia nondum verè constat, turbari posse: at re evicta & legitimo judicio ablata, si de restitutione & effectu acquisitionis quæratur, retroversus malæ fidei possessorem intelligi, ex quo res ab eo petita est, atque exinde fructuum nomine teneri, ut quemvis malæ fidei possessorem: & sanè hoc probabilius est, quàm, quod Baroni in hunc §. Copo *lib. 2. de fruct. t. 4. c. 5.* D. Tuld. *hic c. 48.* videtur, Iurisconsul. inter se dissensisse. Ait, *acceperit*: etenim aliter nec possidet, nec putare potest, rem suam esse, licet conventio præcesserit: non enim nudis pactis, sed traditionibus, dominia rerum jure gentium transferuntur, *l. traditionibus C. de pact.* Obiter addo, bonam fidem benigna juris interpretatione in possessore præsumi: atque inde esse, quòd non ipse possessor de bona sua fide docere cogatur, sed adversarius contrarium ostendere debeat, *l. quoties §. 1. de probat. l. pen. C. de evict. D. V. Vesemb n. 4.*

Fructus, quos percepit, eius esse pro cultura & cura] Cùm in persona possessoris concurrunt ea, quæ diximus, placet, sola perceptione, adeoque sola separatione à re, qua tenebantur, fructus possessores fieri. Non interest quo titulo possideat, oneroso, an lucrativo? nam & eum, qui ex causa donationis rem accepit, diserte cum emptore in hac quæstione exæquat Iustinianus. Sed neque fructuum conditio quicquam de hac acquisitione mutare videtur, & non tantùm fructus industriales: sed naturales etiam, ad hanc acquisitionis speciem pertinere. Nam generaliter atque indistinctè loquitur hic Imperator, & jurisconsulti in *l. bona fidei hac tit. l. si eius 78. de rei vend. l. 13.*

quib.

quib. mod. usucap. Gaij quoque ratio generalis est, in *l. in pecudum 28. de usur.* ideo nempe fœtum pecudum fieri bonæ fidei possessoris, quia in fructu est. Ait quidem Iustinianus hic, fructus bonæ fidei possessoris fieri pro cultura aut cura: at vix ulla res
7 est, quæ sine cultura aut cura aliqua fructum ferat: coluntur enim agri, curantur pecora, putantur arbores, plantæ; oleæ attonderi & interradi gaudent, *Plin. l. 15. c. 1.* Sed & si qui fructus sine cultura aut cura proveniant, ut sylvæ cæduæ, poma, nuces, aliiq; fructus sylvestres, nihilo tamē minus huc pertinent. Nam ut non multò antè diximus, præcipua & adæquata acquisitionis fructuum ratio est bona fides possessoris, quæ efficit, ut tanquam dominus jure soli fructus percipiat; & consequenter ergo etjam eos percipiendo suos facit, in quos neque culturam, neque curam ipse impendit, *l. qui scit §. 1. de usur.* tantùm quia ἐπὶ τὸ πολὺ accidit, ut fructus sine cultura aut cura non proveniant, ratio hæc à Justiniano expressa est. Evincitur hoc, quod dico, etiam ex eo, quod mox subjicit de fructibus consumptis: ait enim, quos fructus possessor percipiendo suos fecit, de iis consumptis dominum supervenientem, & rem suam vendicantem agere non posse, hoc est possessorem eos consumptos lucrari: aut lucratur consumptos omnes, *l. 4. §. 2. fin. reg. l. certum 22. C de rei vend. §. 2 inf. de off. iud.* ergo & perceptos interim suos omnes facit. Exemplis quoque demonstrari potest, non industriales tantùm, sed etiam naturales fructus fieri bonæ fidei possessoris, simul atq; à solo aut re, qua tenebantur, separati sunt. Non afferam quod de fœtu pecudum, lacte, lana scribit Gajus in *d. l. in pecudum de usur.* & Paulus, *in l. bonæ fidei 48. §. ult. hoc tit.* hos fructus statim fieri bonæ fidei possessoris: quia video esse, qui fructus pecudum pro industrialibus in hoc argumento habendos existimant, propterea quod, ut modò dicebamus, ex iis rebus producuntur, in quas possessori sumptus facere necesse sit: quamvis Gaius non aliam harum rerum acquisitionis rationem reddat, quàm quòd in fructu sint. Fortassis & uvas iidem ob eandem causam inter fructus industriales numerabunt, idcoque quod uvam ademptam legimus statim bonæ fidei possessoris fieri, negabunt, huc pertinere. At certè oleam negare non poterunt esse vel maximè fructum naturalem; quippe quæ teste Plinio, *lib. 15 cap. 1.* nullam omninò culturam aut curam desideret, & Virgilius *lib. 2. Georg* de oleis sic scribit:

Contra non ulla est oleis cultura, neque illa
Procurvam expectant falcem, rastrosq; tenaces,
Cùm semel hæserunt arvis.

Duobus autem locis manifestè proditum est, etiā oleam, mox cum percepta sive excussa aut lecta est, bonæ fidei possessori acquiri, *l. si fructuarius 13. quib. mod. usuf. am. l. si ejus 78. de rei vind.* Fœnum quoque opinor nemo negabit fructum esse naturalem: at non minus fœnum, quàm spicam, simul atque à solo separatum est bonæ fidei possessoris fieri traditum est *in d. l. 13. quib. mod. usuf. am.* Postremò omnem dubitationem tollit locus Pauli in *d. l. bonæ fidei hoc tit. in fr.* ubi sic scribit, *Bonæ fidei emptor non dubiè percipiendo fructus etiam ex alterius re suos interim facit, non tantùm eos, qui diligentia & opera ejus provenerunt, sed omnes: quia quod ad fructus attinet, loco domini penè est.* Nam Glossæ ad hunc locum interpretatio & DD. qui eam sequuntur, inter quos ex recentioribus etiam est D. Bachovius, inconcinna & violenta est. Hi illa Pauli verba *(sed omnes)* ad fructus industriales coarctant, qui alterius quàm bona fidei possessoris opera proveniunt. Sed quis non videt, verbum *(omnes)* à Paulo non ad operantes, sed ad fructus ipsos referri, eoque denotari fructus diversæ speciei & qualitatis ab iis, quos dixerat opera possessoris provenire. Evincit hoc ipsum etiam ratio, quam mox subjicit, quia quod ad fructus attinet, bonæ fidei possessor loco domini penè fit: cujusmodi item est, quod Julian. scribit, bonæ fidei possessorem fructus jure soli percipere, atque eo jure quod dominis prædiorum, sive qui agrum vectigalem habet, tributum est, *d. l. qui scit §. 1. de usur.* unde satis manifestè apparet, præcipuam huius acquisitionis causam non esse operam aut industriam possessoris: sed fructus omnes, qui ex solo nascuntur, etiam ἀπάγχυτα & ἀνήρτητα eò pertinere. Et verò si percipiendo sibi acquirit etiam ab alio satos, in quos neque culturam, neque curam ullam impendit, cur non etiam naturales, quos plerumq; cura illius facit, si non ut nascantur, saltem ut conserventur? Unus juris locus est, qui interpp. adegit, 8
ut in hac acquisitione fructus naturales ab industrialibus distinguerent: is est Pomponij, *l. fructus 45. de usur.* Quærit eo loco de conjuge possessore rei à conjuge donatæ: & ait, conjugem fructus ex ea re perceptos illos tantùm suos facere, qui ex operis eius provenerunt: cæterùm si pomum decerpserit, vel sylvam ceciderit, eius eum fructum non fieri, sicuti nec cujuslibet bonæ fidei possessoris: quia non ex facto eius is fructus nascatur. Hic Iurisconsultum satis apertè sic loqui arbitrantur, at fructus naturales ad bonæ fidei possessorē non pertinere existimet: quod tamen non ita est. Non enim ait, nullius bonæ fidei possessoris eum fructum fieri, sed non cujuslibet: quæ enunciatio non est generalis, sed particularis, ut ostendit nota particularis attributionis, quæ hic est negatio universalis. Igitur in hac enuntiatione; *Non omnis*

aut non quilibet bonæ fidei possessor fructus naturales suos facit, cùm consequens non omni antecedenti attribuatur, sed solummodò ejus parti alicui, satis apparet, Pomponium non eodem jure in proposito omnes fidei possessores censere; & tacitè duo genera talium possessorum facere; unum eorum, qui fructus naturales suos non faciant, alterum qui faciant. Atque ita est. Non enim omnis bonæ fidei possessor fructus naturales percipiendos suos facit; sed is solùm, ut antè dictum est, qui justo titulo possidet, causamque justam habet, cur existimet rē ad se pertinere: qui autem justo titulo destituitur, quamvis in jure errans se dominum factum putet, naturales fructus suos non facit, ne cui juris ignorantia in compendijs prosit, *l. 4. l. 7. & 8. de jur. & fact. ign.* licet alioqui non malæ, sed bonæ fidei possessor existimari debeat, quicunque dolo caret, etsi in jure errat, *arg. leg. ubi lex. 24. l. si fur. 32. §. 1. de usuc. l. sed etsi 25. §. scire de her. pet. add. Gœdd. ad l. bonæ fidei 109. de verb. sign.* nec sequitur, injustè seu titulo invalido possidet, ergo mala fide. Possessor prædij minoris sine decreto alienati possidet injustè, bona tamen fide possidet, si ignorans rem minoris esse, aut in jure errans rem emit, fructusque industriales propter bonam fidem suos facit, *l. 2. si quis ign. rem min.* Talis etiam est possessor fundi dotalis à marito alienati; item rei litigiosæ, & qui à falso tutore emit, *l. 13. §. ult. de publ. in rem act.* Nam ubi lex impedimento est, bona fides in compendijs possessori non prodest, *leg. 1. §. de verb. sign.* Toties autem impedimento est, quoties possessorem vult teneri in quantum locupletior factus est, ut possessorem hæreditatis, *l. 25. §. consuluit 11. de her. pet.* item in casu, *l. 8. C. de don. int. vir. & ux.* & denique qui ex ea causa possidet, quæ postea ad non redacta est, *l. 3. de cond. indeb.* Atque de hoc genere bonæ fidei possessorum locus Pomponij accipiendus est: quippe qui & soli similes sunt ijs, de quibus illic quæritur, & in lucris cæterorum bonæ fidei possessorum jure non censentur: ita fermè & *VVesemb. hic Pinel. ad l. 2. C. de rei. vend. part. 2. cap. 4. num. 59. Fachin. 1. contr. 57. Paul. Buf. ad d. l. 45. Timæus Fab. disp. anniver. 14. thes. 5. Tulden. c. 50. hic.*

De fructibus ab eo consumptis agere non potest] Hoc idem traditur, *§. 2. inf. de off. jud.* & Paulus in *l. 4. §. 2. fin. reg.* ait, bonæ fidei possessorem fructus consumptos lucrari. Unde sequitur ex contrario, de non consumptis, hoc est, extantibus adhuc, licet à solo separatis, dominum agere posse, eosque bonæ fidei possessorem non lucrari: quod & expressè traditum est. *l. certum 22. C. de rei vend.* quam ob causam Africanus consumptos demum suos facere bonæ fidei possessorem, scribit *l. quæsitum 40. hoc tit. & Paul. l. 4. §. Iana 19.* consumptos vel usucaptos: quia hi soli re evicta non restituuntur. Dubitandū autem non est, quin ut omnes, tā naturales quàm industriales, consumptos bonæ fidei possessor lucratur, ita vice versa omnes, tam industriales, quàm naturales non consumptos teneatur restituere, *arg. hujus §. & dd. loc.* nam quod maritus non restituit fructus industriales licet adhuc extent, in specie, *l. fructus 45. de usur.* id hanc rationem habet, quod maritus eos permittente jure sibi acquisivit ex voluntate uxoris donatricis. Ergo, inquies, falsum est, quod hactenus probare conati sumus, sola perceptione fieri fructus bonæ fidei possessoris. Et verò falsum esset, si hæc eidem rei attribuerentur *ωσαυτως* & eadem ratione. Sed sciendum est, duplicem esse dominij acquisitionem; unam perpetuam & citra voluntatem aut factum domini irrevocabilē, alteram temporalem & revocabilem ex causa superveniente, quæ dominij causam tollat: quale jus est mariti in re dotali, quod soluto matrimonio ab eo recedit, & hæredis fiduciarij, quod cedente die fideicommissi in fideicommissarium transit: item hæredis in re sua conditione legata, *l. non ideò 66. de rei vend. l. generaliter 29. §. 1. qui & à quib. man.* & tale quoque in proposito jus est bonæ fidei possessoris in perceptis necdum consumptis fructibus usque ad evictionem. Nimirum causa huius acquisitionis præcipua est bona fides: quippe quæ efficit ut possessor proinde quasi dominus jure soli fructus suos faciat, quamdiu de vero domino non cōstat: at eo superveniente ac rem suam vendicante; jam causa illa, & simul jus, quod dixi, cessare incipit, cogiturque possessor fructus omnes, qui modò tempore evictionis extant, officio judicis restituere: neque enim sublato jure, quod in solo habebat, possessorem defendere potest, ut fructus retineat; sola ratio culturæ & curæ: sed ad id solum prodesse, ut opposita doli mali exceptione sumptus servet, consequaturque, ut dominus aut pretium eius, quod impensum est, solvat, aut si id nolit, patiatur sumptus cum fructibus pro rata pensari, proque illis partem fructuum possessorem retinere, *arg. d. §. si à domino 36. §. ult. de her. pet.* Ipse Paulus non obscurè hoc innuit, *d. l. bonæ fidei hoc tit.* illis verbis; *suos interim facit*, ne quis credat, sola perceptione fructus sic fieri possessoris, ut nunquam postea sint restituendi. Neque verò existimandum est, frustrà constitutum esse ut interim bonæ fidei possessor fructus sola perceptione suos faciat: nam & ratio bonæ fidei hoc exigit; nec sine effectu est: prodest enim bonæ fidei possessori ad hoc, ut si fructus ab alio percepti sint & possideantur, eos tanquam suos vendicare possit, tribuitque ei jus

9

fructibus,

fructibus; pro arbitrio suo utendi, eos pro utilitate aut necessitate familiæ distrahendi aut consumendi; cuius rei hic iterum effectus, ut domino rem suam evincenti consumptorum nomine non teneatur, quorum alioqui æstimationem restituere deberet. Nonnihil tamen hac in re nobis negotij facit, quod Gajus respondet *l. in pecudum 28. de usur.* ea quæ in fructu sunt, statim pleno jure fieri bonæ fidei possessoris & fructuarij: nam quod statim pleno jure acquiritur, id non potest dici consumptione demum irrevocabiliter acquiri. Ad hoc igitur quid respondemus? nimirum eum, qui cùm de acquirendo agitur, dicit, bonæ fidei possessorem fructuum, simul ac percepti sunt, statim dominum fieri pleno jure aut in solidum, non continuò negare, ius illud ex causa esse revocabile: neque de eo laborare debuit Gaius in comparatione fœtuum pecudũ cum partu ancillæ, qui in fructu non est, & ideò usucapione demum acquiritur. Sic idem Gaius *l. generaliter 29. §. 1. qui & à quib. man.* scribit, servum sub conditione legatum, pendente cõditione pleno jure heredis esse: quem tamen constat deficiente demũ conditione fieri heredis irrevocabiliter. Illud non magni momenti est, quod bonæ fidei possessor dicitur idem jus habere, quod dominis prædiorum tributum est, & plus etiam juris, quàm habet fructuarius, *l. qui scit. §. 1. de usur.* nam si hoc simpliciter verum esset, ne naturales quidem fructus extantes restitueret: & loquitur expressè jurisconsultus de
10 jure fructus ab initio acquirendi. De consumptis porrò quæsitum est, an non saltem bonæ fidei possessor ad restitutionem eorum teneatur, quatenus ex ijs factus est locupletior. Et verius est eum non teneri. Nam primò textus omnes, qui de consumptis fructibus loquuntur, generaliter & sine ulla distinctione negant; eorum nomine bonæ fidei possessorem teneri, & Imp. in *l. certum 22. C. de rei vend.* aiunt eum teneri nomine extantiũ duntaxat, quasi de consumptis inquirendum non sit. Adhæc tantùm tribuit bon. fid. possessori consumptio, quantũ usucapio, *l. 4 §. lana 19. de usur.* ac usucaptorum nihil restituitur: & postremò, quòd benè notandum est, dicitur bonæ fidei possessor fructus consumptos lucrari, *l. 4. §. 2 fin. reg.* quod utiq; falsum esset, si eos, quatenus locupletatus esset, teneretur restituere: nemo enim sine lucro locupletatur. Non obstat, quod in judicio petitionis hæreditatis bonæ fidei possessor teneatur in quantum locupletior factus est. *l sed & si 25. §. consuluit 11. l. illud 40. §. 1. de her pet. l. 1. C. eod.* Non enim eadem in proposito judicij universalis & rerum singularum petitionis ratio est. Nam petitio hæreditatis non tantùm in rem est, sed etiã præstationes personales habet, *l. 7. C. depet. her. l. 25. §. 18. eod.* atque ut mitius cum possessore agitur in petitione hereditatis, quàm in rei singularis vendicatione, (quippe Senatus ita possessori pro herede consuluit, ut si quid dilapidaverit aut perdiderit, dum sua se re abuti putat, non teneatur) ita vicissim equum est, ut præstet, si quid lucri ex hæreditate consecutus sit: eique sufficere debet, si damno non afficiatur, *d. l. 25. §. consuluit.* Adhæc nec titulum habet possessor hæreditatis, & fructus ab eo percepti statim in numerum rerum hæreditariarum recipiuntur, ipsamq; augent hæreditatem, ut nec ab initio quicquam hic suum faciat, aut cõsumptum postea lucretur: unde fit, ut eodem jure, quo ipsa corpora hæreditaria & fructus, petantur, atque in restitutionem hæreditatis veniant, *l. item veniunt 20. §. 3. l. post senatusc. 28. l. illud 40. §. 1. de her. pet. l. 1. & l. 2. C. eod.* In particularibus autem judiciis non solet res in locum pretij aut contra succedere, *l. 7. in fin. qui pot. in pign.* Nec multum absimilis est ratio condictionis indebiti soluti, in quam fructus veniunt jure obligationis, & hoc quatenus is qui accepit, ex his locupletior factus est, *l. indebiti 15. l. si non sortem 26. l. libertus 12. l. in summa 65. §. pen. l. pen. de cond. ind.* ita ferè & *Ant. Fab. 4. cont. 17. Dinod. Tulden. hic c. 44. & seq. Perez ad tit. C. de rei vend. n. 17. & seq.* Quod ad praxim attinet, testis est Pinel. in *l.* II *2. C. de rese. vend. p. 2. c. 4. n. 60.* ita nunc ubiq; in judiciis usu servari, ut possessor bonæ fidei in universum à fructibus ante inchoatum judicium perceptis absolvatur, neque de consumptis unquam quæratur, locupletior ex iis factus sit, nécne. Sed & nunquam inquiri de iis, qui similiter ante rem in judicium deductam percepti sunt, utrùm bonæ fidei possessor eos consumpserit, an verò adhuc extent, tantumq; servari formam, *l. certum 22. C. de rei vend.* in fructibus perceptis post litis contestationem: quod & rationem habet, scilicet ut litium ambages vitentur, & placet D. Nic. Thuldeno in *annot. ad prax. rer. civ. Damhoud. c. 104. n. 13.* Idem quòque sentire videtur D. Grot. 2. *manuduct.* 6. cùm scribit bonæ fidei possessorem in perceptione fructuum similem esse fructuario; *add. Groenevv. d. ll. abrog. ad l. 22. C. de rei vend.*

Ei verò qui alienum fundum sciens] Fructuum jure 12
soli acquisitio non tribuitur cuivis possessori, sed possessori bonæ fidei duntaxat: nã malæ fidei possessor, ut nullum in solo habet, ita nec ullos fructus aut percipiendo interim suos facit, aut consumendo lucratur, sed cogitur cum ipsa re etiam fructus, licet consumpti sint, restituere, ut *hic. & d. l. 22. C. de rei vend.* Sed neque per retentionem, opposita doli mali exceptione, suptus à se factos servare poterit, si res vendicabitur, arg eorum, quæ tradimus *sup.*

ad §. ex diverso 30. & aliquot seqq. eod. exceptis sumptibus factis fructuum quærendorum gratia, *l. 26. in fin. & l. seq. de her. pet.* Nec illud refert, ab initio quis mala fide possederit, ac posteà possidere cœperit: nam & hic ex eo tempore, quo cognovit rem alienam esse, fructus suos facere desinit, *l. qui bona 23. §. 1. bonæ fidei 48. §. 1. hoc tit.* Postremò huc pertinent possessores omnes post litem contestatam, *§. 2. inf. de off. ind. d. l. certum 22. C. de rei vend. l. 2. C. de fruct. & lit. exp. l. 4. §. 2. fin. reg.* quoniam post motam controversiam possessores omnes in causa fructuum pares sunt, & quasi prædones tenentur, *l. sed & si 25. si ante 7. de her. pet. l. nemo 10. C. de long. temp. præ. c.* ac proinde & si fructus à bonæ fidei possessore ante judicium percepti sunt, sed post litem demum contestatam consumpti, nihilominus eo nomine condemnabitur; quia id omne restituendum est, quod habiturus esset petitor, si tempore judicij accepti restitutio facta fuisset, *l. prætereà 20. de rei ven. l. 2. de usur. l. ædiles 25. §. antepen. de ædil. edict.* In summa possessores malæ fidei, qualis item habentur post litem inchoatam omnes, fructus omnes cum ipsa re restituere debent, *d. certum C. de rei vend.* tenenturque eo nomine de extantibus rei vendicatione, de consumptis condictione, scilicet ad æstimationem, quæ vice rei fungitur, *l. 3. C. de cond. ex leg. l. 4. §. 1. fin. reg. l. 4. C. de crim. expl. her.* Tenentur verò non tantùm de perceptis, verum de iis quoque, qui non percepti honestè percipi potuerunt: in quo persona non possessoris, sed petitoris spectatur: neque hic possessori patrocinari debet, quod titulo possideat: quippe titulus à dolo non excusat: negligentia autem possessoris dolosi domino nocere non debet, quominus consequatur, quod consequi potuisset, si ipsi licuisset, rem possidere, *vid. l. fructus 33. l. si navis 62. §. 1. de rei vend. l. 5. C. eod. §. 2. inf. de off. jud. l. ait prætor §. & fructus 20. quæ in fraud. cred. l. 4. C. unde vi, l. sed etsi 25. §. 4. de her. pet. l. 1. C. eod. Cop. lib. 2. de fructib. tit. 4. c. 2. Buf. ad l. 20. de her. pet. Tulden. hic c. 53.*

TEXTUS.

36. *Is verò, ad quem usus fructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quàm si ipse eos perceperit. Et ideò licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis decesserit, ad hæredes ejus non pertinent, sed domino proprietatis acquiruntur. Eadem ferè & de colono dicuntur.*

NOTÆ.

36. SI IPSE PERCEPERIT] Vel alius eius nomine, *l. 13 quib. mod. usf. am. l. 25. §. 1. de usur.* Quod si spontè deciderint, aut alius eos suo nomine separaverit, non antè eius fiunt, quàm possessionem eorum nactus sit, *l. 12 §. ult. de usufr.*

AD HÆREDEM EIUS NOM PERTINENT] Hoc consequens est superioti: & apertè traditum in *l. 13 quib. mod. usf. am. l. 8. de ann. legat.* erratque Cujac. hæredi fructus tribuens pro rata temporis, quo usus fructus steterit.

EADEM FERE DE COLONO] *Ferè non παρέλκει*, ut putat Th. nam hæres coloni in conductionem succedit, *§. ult. inf. de locat. l 10. C. eod.* At in eo conveniunt, quod colonus quoque non aliter fructus suos faciat, quàm si ipse eos percepit, *l. 60. §. 5. D. de locat. l. 61. §. 8. D. de furt.* Non obstat, quod furti actionem habet, *l. 26. §. 1. d. t.* nam & fructuarius habet, *l. 12 §. ult. de usufr.* & omnes, quorum interest furtum factum non esse, licet domini non sint, *§. 13. inf. de obl. quæ ex del.* Igitur malè Accurs. Mynsi. Pac. plus hic colono tribuunt, quàm fructuario.

COMMENTARIUS.

1. *Fructus, qui spontè deciderunt, aut quos alius nomine à re separavit, fructuarij demum fieri, cùm possessionem eorum nactus est.*
2. *Ius percipiendi fructus ad hæredem fructuarij non transire, licet majore parte anni usus-fructus steterit, & fructuarius maturis jam fructibus decesserit, & cur non idem in fructibus rei dotalis.*
3. *Quid juris circa pensiones, si res fructuaria locata sit.*
4. *In quo colonus & fructuarius discrepent aut conveniant.*

DIsputatio de fructibus à bonæ fidei possessore perceptis occasionem Justiniano dedit, ut de jure, quod hic fructuarius & colonus habent; obiter aliquid subiiceret. Hi in eo à bonæ fidei possessore differunt, quod fructus percipiunt ex voluntate domini, fructuarius jure servitutis sibi constituræ, colonus ex conventione: unde nec perceptorum fructuum quicquam restituunt. Quia autem jus in solo non habent, nec possident, sed alieno tantùm nomine rem tenent, *§. de ijs autem vers. fructuarius per quas pers. cuique ac. §. possidere 5. inf. de interd. l. 10. l. 12. de acq. poss.* non ut bonæ fidei possessores, fructus acquirunt jure quasi dominij aut soli, sed suo ipsorum duntaxat facto & perceptione: quanquam hæc distinctio nostrorum morum simplicitati non

non convenit, ut notat D. *Cyprian. Regn. cens. Belg.*

Quàm si ipse eos perceperit.] Fiunt quidem fructuarij etiam sola perceptione, hoc est, statim atque à solo, aut re, qua tenebantur, separati sunt, putà spica aut fœno cæso, uva adempta, excussa olea, lana detonsa, lacte mulso. Cæterum non aliter, quàm si ipse eos; vel alius eius nomine separaverit, *l. si fructuarius 13. quib. mod. usf. am. l. qui scit. 21. §. 1. de usur.* Quod si sponte deciderint, aut alius eos suo nomine separaverit, non prius fructuarij fiunt, quàm eorum possessionem nactus sit; unde si fur maturos fructus decerpserit, aut desecuerit, domino fundi condictione tenetur, non fructuario, licet is actionem furti habeat, *l arborib. 12. §. ult de usufr.* quæ aliter se habent in bonæ fidei possessore, ut docuimus *§. præc.* Planè in fœtu animalium eadem fructuarij & bonæ fidei possessoris hic ratio est, statimque ut editus est, fructuarij fit, *l. in pecudum 28. de usur.* quippe frustrà expectes, ut separetur, quod invita natura separari non potest: jubente ea satis separatur sine cujusquam facto. 1

Licet maturis fructibus, &c.] Hoc item consequens est ei quod dixit. Nam si fructuarij non aliter fructus fiunt, quàm si eos perceperit ipse vel alius eius nomine, heredi suo, quos non percepit, relinquere non potest: nec jus percipiendi fructus ad hæredem transit: quia morte fructuarij, ut omnia, quæ personæ cohærent, extinguitur, *§. pen. inf. de usufr. l. 3 §. u't. quib. mod. usuf. am. l. 8. §. 1. de lib leg.* quod iterum contrà est in bonæ fidei possessore, qui jus, quod in solo habet ad hæredem transmittit, *d. l. qui scit. §. 1. de usur.* At ex contrario percepti omnes etiam immaturi pleno jure fructuarij fiunt, & ad heredem eius transeunt, *l. si absente 48. §. 1 de usufr. l pen. de usufr. leg.* Ait, *maturis fructibus, nondum tamen perceptis.* Eadem sententia est, *d. l. si fructuarius quib. mod. usf. am. l. 8 de ann. leg.* Quamvis igitur maxima parte anni ususfructus steterit, & fructuarius suis impensis fundum fructuarium conseverit, si is messe nondum facta, licet segete messi jam matura, decesserit, nihil in eo, quod terra tenetur, heres eius juris habet, *d. l. si fructuarius:* sed tantùm deducet impensas fructuum querendorum gratia factas; quia fructus non intelligitur, nisi quod deductis impensis supersit, *l. 7. solut. matr. Peck. lib. 5. de testam. conjug. c. 24. n ult.* Nec iniquum videri debet, quod dominus fundi ad lucrum, fructuarij labore & sumptu partum vocetur: quippe cùm contrà fructuario, quàvis minima parte primi aut postremi anni steterit ususfructus, in solidum tribuantur fructus percepti, etiam pro ea parte, qua ususfructus non cœperat, aut posteà finitus est, *l. si, rudentes 27. de usufr.* nec aliud usus horum 2

temporum servat, contra quam censet D. Cyprian. *ubi suprà.* Non obstat exemplum mariti in fructibus rei dotalis, quos placet soluto matrimonio dividi inter maritum aut eius heredes & uxorem pro rata temporis, quo matrimonium stetit, sive fructus à marito sint percepti, sive non sint, *l. 7. §. 1. & seqq. sol matr. l. un. §. cumque 9. de rei ux. act.* Etenim fructus dotis non ideò marito cedunt, quia eos percepit, sed propter onera matrimonij, quæ sustinere cogitur, *l. 7 in pr. de iur. dot. l. pro oneribus 20. C. eod.* Et igitur licet non perceperit, pro modo tamen temporis, quo matrimonium stetit, fructus dotis maritum sequi debent: quoniam tamdiu sustinuit onera matrimonij. Contra verò pro reliquo tempore, cuius onera non sustinuit, nihil ferre debet, licet fructus perceperit. D. Paul. Bus. *ad d. l. 7. §. 1. & seq sol. matrim.* De pensione rei fructuariæ locata quæsitum, an si fortè ususfructus aliqua tàtum parte anni steterit, eam nihilominùs integram fructuarius heréve eius percipere debeat, an pro rata temporis dividi cum proprietario. Et refert utrùm res fructuario locata talis sit, unde singulis annis semel fructus nascitur & percipitur, putà fundus; an talis, cuius fructus non in alio consistit, quàm in eius rei usu sive commoditate, quæ ex eo usu quotidie percipitur; cuiusmodi res sunt ædes, quarum fructus in eo, ut inhabitentur; item servi, quorum fructus in operis. Fundo locato, si colonus fructus perceperit, merces totius anni debetur fructuario eiúsve hæredi, etiamsi ususfructus finitus sit multo ante tempore, quàm ea merces ex locatione pendi debebat, *l defuncta 58. de usufr.* In aliis verò rebus à fructuario locatis, quarum fructus in solo earum usu consistit, si intra tempora locationis ususfructus interierit, non maiore ex parte pensio ad fructuarium heredémve eius pertinet, quàm pro rata temporis, quo ususfructus mansit; quod supereſt, pertinet ad proprietarium, ut responsum est locatis operis servi, *l si operas 26. d. tit.* Cur tam variè? Nimirum quia fructuarius, nec minùs, nec plus per conductorem consequi debet, quàm si ipse re fructuaria usus esset. Igitur sicut fructuarius si fundum non locasset, ipse fructus percepisset, suosque omnes fecisset, ita pro fructibus, quos colonus qui causam percipiendi ab eo habet, integros percepit, integra pensio ei debetur, quam & integram ad hæredem transmittit, etsi nondum finito tempore locationis decesserit. Et convenienter si fructuarius decesserit, fructibus per colonum nondum perceptis, heredi eius nihil ex pensione debebitur. Quod si decesserit parte fructuum percepta, parte nondum collecta; solutio pensionis fieri debet hæredibus fructuarij pro rata percep- 3

torum;

ptorum: proprietario pro rata eorum, qui percepti non erant. Ubi verò pensio pro quotidiano rei usu debetur, non potest deberi longius, quàm is usus præcesserit, nec longius is usus præcessisse dici, quàm stererit ususfructus: & alioqui plus consequeretur fructuarius per inquilinum, quàm si ipse re usus esset: quod est absurdum, eleganter D. Don. 10. *comm.* 9. estque hæc communis & usu recepta sententia, *vid. Ioan. del Castillo tr. de usuf.* 77. & *seq. Diod. Tuld. ad tit. de usufr. inf. c.* 7. *Paul. Bus. ad d. l.* 38. *de usuf. Christin. vol.* 2. *decis.* 176. *n.* 16. *& ibi citat Grot. lib.* 2. *introd. c.* 39. *diss. Cuiac.* 7. *Feud* 30. *& l.* 24. *obs.* 21.

Eadem ferè & de colono dicuntur] Duo de fructuario dicta sunt; eum non aliter dominum fructuum fieri, quàm si ipse eos perceperit, non alius; item mortuo fructuario fructus pendentes, quantumvis maturos, non ad hæredem fructuarij pertinere, sed acquiri domino proprietatis. Nunc ait, quæ de fructuario dicta sunt, ea ferè & de colono dicenda esse. *Tò ferè* non παρέλυκε, ut putat Theophilus, sed cautè adjectum est, ne quis putet eandem utriusque per omnia in proposito rationem esse. Nam certè longè alia causa est hæredis coloni atque fructuarij: Non enim sicut morte fructuarij
4 finitur ususfructus, ita morte coloni finitur conductio, sed mortuo intra tempora conductionis colono, hæres ejus in eam succedit, *§. ult. inf. de locat. l.* 10. *C. eod.* Et cùm fundus conducatur mercede annua constituta pro modo fructuum, qui singulis in eo annis nasci solent, insignis injuria colono ejusve hæredi fieret, si locator pensionem simul & fructus perciperet: atque hinc etiam est, quod in prædiis rusticis, si tempore non expresso locatio facta sit, in annum facta intelligatur, per *l.* 13. *§ ult. locat.* Si quid igitur hic est, quod tam de colono, quàm de fructuario dici possit, illud sit necesse est, quod colonus similiter ut fructuarius, non aliter fructus suos faciat, quàm si ipse eos perceperit: sin autem alius eos suo nomine à terra separaverit, non colono, sed domino fundi acquiruntur; cui etiam ob id soli condictio competat: quod & verum est, aperteque traditum *l. cum plures* 60. *§. messem. §. locat.* nec obscurè colligitur ex *l. si servus* 61. *§. locavi* 8. *de furt.* Non est contrarium quod Paulus respondet, *l. si apes* 26. *§.* 1. *d. tit. de furt.* colonum cum eo, qui fructus stantes surripuit, furti agere posse. Nam & fructuarius potest, *l.* 12. *§. ult. de usufr.* quippe furti actio omnibus competit, quorum interest furtum factum non esse, licet rei surreptæ domini non sint, *§. furti* 13. *inf. de obl. quæ ex dol. l. eum qui* 14. *§ qualis* 14. *de furt.* Nec aliò pertinet ratio Pauli, quamvis his verbis exprimit, *quia ut primùm decerptus est, ejus esse cœpisset*, quàm, ut ostendat, ideo actionem furti colono dari, quia ejus interfit fructum ab alio decerptum non esse, eo quod coloni esse cœpisset, ut primùm ab ipso esset decerptus. Fallitur igitur Accursius, qui etiam hoc casu plus juris tribuit colono, quàm fructuario, coloniquè fructus fieri existimat, quocunque modo à solo separati sint, traxitque in eundem errorem Mynsinger. Schneid. & Pacium in *not. marg.* sed hic se corrigit in Analysi. Aliud sanè ex parte dicendum videtur de colono partiario, qui instar socij est, *l. si merces*, 25. *§. vis major.* 6. *locat.* & proinde pro parte sua instar domini: idque innuere videtur Paulus, *d. l.* 26. *§.* 1. cùm dicit colonum, *qui nummis colat*; quod scilicet colonus partiarius fructibus à fure desectis aut decerptis non modò actionem furti, ut is qui nummis colit, sed furti etiam condictionem pro parte sua habeat.

TEXTUS.

37. *In pecudum fructu etiam fœtus est, sicuti lac, pilus, & lana: itaque agni, hædi, & vituli, & equuli, & suculi, statim naturali jure domini fructuarij sunt. Partus verò ancillæ in fructu non est: itaque ad dominum proprietatis pertinet. Absurdum enim videbatur hominem in fructu esse: quum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit.*

NOTÆ.

37. IN PECUDUM FRUCTU] Ex Cajo *l.* 28. *D. de usur.*

STATIM NATURALI IURE] Cajus, *statim pleno jure fiunt bonæ fidei possessoris & fructuarij, pleno iure*, id est, plena & solida proprietate.

PARTUS IN FRUCTU non est] *d. l.* 28. *§.* 1. *d. l.* 68. *de usufr.* sed in fructu hominis operæ sunt, *l.* 3. *&* 4. *de op. serv.*

ABSURDUM VIDEBATUR] *d. l.* 28. *§.* 1. *d. l.* 68. eadem quoque Stoicorum sententia fuit, à quibus auctores nostri ferè imbuti, Lucret. Aliam rationem affert Ulp. *l.* 27. *D. de her. pet.* quia ancillæ non ad hoc comparantur, ut pariant, sed ut serviant. Meminit hujus quæstionis. Cic. 2. *de fin.*

COMMENTARIUS.

1 *Ratio Gaij, cur non placet partum ancillæ in fructu esse, examinata, & concinnior prolata ex Ulpiano.*

Qua

QUa ratione & modo fructus suos faciat tum bonæ fidei possessor, tum fructuarius ostensum est §§ *proximè præcedentib.* exemplo fructuum, qui in fundis aut agris nascuntur. Quoniam verò etiam hominum & pecudũ suus fructus est, quem & ipsum bonæ fidei possessori & fructuario eadem ratione acquiri juri naturali conveniens est, ideò ne quid hic dubii relinqueretur, ἐν παρόδῳ ostendere voluit, quænam in hominum & pecudum fructu habenda sint, quæ non sint: & ait, in pecudum fructu non tantùm esse lac, pilum & lanam, sed fœtum etiam: atque ob id agnos, hædos, vitulos, equulos & suculos statim ut editi sunt, natùrali jure fructuarij fieri: addit Gajus, & bonæ fidei possessoris, *l. in pecudum 28. de usur.* est enim utriusq; hic eadem ratio. In hominum autem fructu quæ sint, non desinit: sed partum, ancillæ negat in fructu esse: & ideò, inquit, ad dominum proprietatis pertinet, sicut & Caius *d. l. 28. §. 1.* Nimirum uterque hoc significare voluit, ut non fœtus in fructu pecudum est, ita & partum ancillæ in hominis fructu ponendum: in hominum fructu ea duntaxat esse, quæ ex operis eorum percipiuntur, *l. 4. de oper. serv.* aut si quid acquirant ex re fructuarij, ejúsve qui eos bona fide possidet, *§. 4. & seq. inf. per quas pers. cuiq acq.* ac proinde etiam hæc sola ut fructus fructuario & bon. fid. possessori acquiri: partum non acquiri, fructuario nunquam, bonæ fidei possessori non aliter, quàm si eum usuceperit, *de §. 4. & seq. legat. 4. §. si ante 18. de usurp. & usucap.*

Absurdum etiam videbatur] Vetus fuit quæstio an partus ad fructuarium pertineret: cujus meminit Cic. 2. *de finib.* ubi ait, principes civitatis, P. Scœvolam & M. Manilium existimasse, hominem in fructu esse, Brutum dissensisse: cuius sententia obtinuit, teste Ulp. in *l. vetus 68. de usufr.* Cur autem non placuerit, partum in fructu esse ejus rei hanc rationem reddit Cajus *d. l. 28. §. 1. de usur.* & Imp. hoc loco, quod absurdum visum sit, hominem in fructu esse, cùm omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit; quæ ratio ducta est ex contrarijs: quasi dicant, natura non potest eadem res & fructus esse, & id, quod fruitur; relata hæc sunt: relatorum unum nunquam potest esse alterum. Etenim ut verum fatear, nunquam hæc mihi ratio satis solida visa fuit. Cur enim magis absurdum hominem in fructu hominis esse, quàm hominem homini servire? Aut cùm servos pecudibus Romanæ leges exequent, *l. 2. §. 2. ad leg. Aquil.* cur cùm in fructu pecudum fœtus sit, absurdum est in fructu ancillarum partum esse? Nec est in his ulla ἀντίθεσις, *Fructus hominis causa comparati sunt*, &, *Homo est in fructu hominis.* Non enim hic idem eidem subjecto attribuitur, sed diversis, Quamobrem melior est, certè huic loco magis convenit, illa Ulpiani ratio, sumpta à fine & usu, quia ancillæ nõ ad hoc comparantur, ut pariant; sed ut serviant, *l. ancillarum 27. de her. pet.* Id autem solum in fructu alicujus rei esse intelligitur, & ad fructuarium pertinere, quod percipitur ex eo usu, ad quem res parata est, vel natura vel patrisfam. instituto, *l. 9. §. 5. & seqq. l. 10. l. 11. l. 12. in pr. l. 13. §. 4. & seq. l. 15. de usufr.* Quapropter, etsi nihil interest, partus in fructu sit, necne; ad proprietarium pertineat an ad fructuarium; uti neque ancillæ, quæ utique servire cogitur: ratio tamen habenda fuit honesti ac decori, cavendumq́, ne stupris vilitetur dignitas humana, arg. *l. justissimè 44. de ædil. edict.* Jam verò ancillas fœturæ gratia habere, quin turpe & probrosum sit, nemo negare potest. Cæterùm nihil ampliùs efficit hæc ratio, quàm ut ne partus fructuario aut bonæ fidei possessori acquiri debeat: In cæteris enim partibus juris in fructu sive reditu aut causa etiam partus computatur, *l. 8. l. 14. de usur. l. Falcidiæ 24. §. 1. ad l. Falc. l. quæsitum 91. §. ult. de leg. 1.*

TEXTUS.

38. *Sed si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex fœtu fructuarius submittere debet (ut & Iuliano visum est) & in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere. Rectè enim colere & quasi bonus paterfamilias debet.*

NOTÆ.

38. EX FOETU SUBMITTERE] Ex fœtura gregem supplere, & sufficere prolem, *d. l. 68. §. ult.* cum *2. ll. seq. de usufr.* fiuntq́ue capita substituta domini, ea, quibus substituuntur, fructuarii, *d. l.* Basil. 16. *tit. 1. in fin.*

IN VINEARUM DEMORTUARUM] *l. 18. d. tit.* Colum. 4. 17. Debet & adserere arbores *l. 7. §. ult. eod.* quod Græcis κεντρίζειν, id est, forare medullam arboris sterilis, & in eam fœcundæ calamum immittere. Species insitionis pro genere. Cujac. 11. *observ. 36.*

COMMENTARIUS.

1. *Inter onera, quæ fructuario incumbunt, unum esse ut rem fructuariam tueatur, & quid ea tuitio desideret.*

LOngius à via digreditur Imperator: sequendum tamen, quocunque trahit. Cùm fructus omnes, sive ex re nascantur, sive per causam rei percipiantur, fructuarij lucro cedant, æquum est, ut is vicissim onera rei fructuariæ adjuncta agnoscat, juxta regulam naturæ, *l.* 10. *de reg. jur.* Inter onera autem, quæ fructuario incumbunt; hoc unum est, ut rem fructuariam tueatur, *l. usufructuarius* 44. *de usufr.* Hæc autem tuitio cùm exigat, ut rem, quam accepit, integram & in suo statu conservet quantum cura & reparatione fieri potest: ideo & curam ac diligentiam rei servandæ adversus imminentia pericula adhibere debet, & quidem talem, qualem diligens paterfam. suis rebus adhibere solet, *l. sed cum* 65. *eod. l. 1. in fin. l. seq. usufr. quam cau.* & suo sumptu sarcire ac reparare, quæ vitij aliquid contraxerunt, aut discesserunt à priori integritate; putà si quid reficiendum est, sarta recta præstare, animalia ægrota curare, gregem ex fœtu supplere, in locum arborum demortuarum alias substituere: in summa rectè colere, atque ut bonus paterfam. uti, *l.* 7. §. 2. & 3. *l.* 13. §. 2 *l. agri* 18. *l. sicut* 45. *l. sed cum* 65. *l. vetus* 68. *in fin.* & 2. *ll. seqq. de usufr. l.* 7. *C. eod.*

Gregis usumfructum] Ait *gregis*, nam si non gregis aut universitatis ususfructus nomine collectivo legatus sit, sed singulorum capitum, veluti centum ovium nihil supplere cogitur fructuarius *l. quid ergo* 70. §. 3. *de usufr* quippe in his, quæ numero certa sunt & designata, non est augmento locus: & tot sunt tunc ususfructus, quot sunt capita fructuaria, quorum uno mortuo ususfructus iste extinguitur.

Demortuorum capitum] Ait *demortuorum*. Ulpianus *d. l. vetus in fin. defunctorum* hoc ideo, quia si vi externa capita aliqua ex grege perierint, incendio puta, aut ruina stabuli; aut prædonum impetu, hos casus fructuarius præstare non debet, nec in locum amissorum alia substituere, arg. *l. arbores* 59. *de usufr.*

Ex fœtu submittere] Ait *ex fœtu*. Neque enim de suo gregem supplere fructuarius cogitur, sed ex agnatis capitibus, hoc est, natis ex eodem grege, *d. l. vetus in fin. eod.* Proinde si ex grege nondum ulla nata sint prioribus demortuis, aut si oves abortierunt, aut fœtus perierunt, priusquam submitti possent, nihil supplere debebit fructuarius. In locum quoque eorum capitum, quæ vel senio, vel vitio corporis inutilia facta sunt, alia ex fœtu submittenda, *l. vel inutilium* 69 *eod.*

Submittere debet] Submissionis effectus hic, ut substituta capita statim domini fiant, sicuti post substitutionē priora sive demortua vel inutilia & vitiosa, fiunt fructuarii. Hæc enim ex natura fructus desinunt esse proprietarij, *d. l. vel inutilium* 69. *de usufr.*

Vinearum demortuarum vel arborum] Ait hic item *demortuarum*, sicut Paulus *l. agri* 18. *eod.* nimirum ideo, quia in locum arborum vi tempestatis eversarum alias substituere non tenetur, *l. arbores* 59 *eod. tit.* quippe usufructuarius omnia quidem, etiam quæ sine culpa eius contingunt, sed sola rei & interna incommoda ac detrimenta sustinet: quæ autem vi contingunt externa: nec à re ipsa proficiscuntur, placet ad onus fructuarij non pertinere, ex regula & jure communi de casibus fortuitis, *l. contractus* 23. *de reg. iur. l. quæ fortuito C. de pig. act.* Ulpianus in *l.* 7. §. *ult. de usufr.* scribit, fructuarium cogi & adserere arbores: quod Græcis est κεντρίζειν, id est, forare medullam arboris sterilis, & in eam fœcundæ calamum immittere; insitionis species pro genere. Qua forma Papinianus dixit adserere prolem pro adoptare, sicut scilicet inforatione surculus truncum adoptat, *Cujac.* 11. *obs.* 36.

Rectè enim colere] Non satis officio suo fungi videri debet usufructuarius, si fundum utcumque colat, nisi eum ita colat, ut ne deterior fiat causa usus fructus; omniaque faciat, quæ faceret in re sua: sicut cautione fructuaria continetur, *l.* 1. §. *cavere usufr. qui cau.*

TEXTUS.

39. *Thesauros, quos quis in loco suo invenerit, Divus Adrianus naturalem æquitatem sequutus ei concessit, qui eos invenerit. Idemq; statuit, si quis in sacro aut religioso loco fortuitò casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuitò invenerit, dimidium domino soli concessit, & dimidium inventori. Et convenienter, si quis in Cæsaris loco invenerit, dimidium inventoris, & dimidium esse Cæsaris statuit. Cui conveniens est, ut si quis in fiscali loco, vel publico, vel civitatis invenerit, dimidium ipsius esse debeat, & dimidium fisci, vel civitatis,*

NOTÆ.

39. THESAUROS] Thesaurum in hoc argumento nostri appellant pecuniam, quæ olim condita, nunc cùm reperitur, à quo condita aut cujus sit, ignoratur, *l.* 31. §. 1. *h. t. l. un C. de thes. tib.* 10. Cassiod. 6. *Varr.* 8. & ideo inter ἀδέσποτα quadantenus habetur.

IN SACRO AUT RELIGIOSO] Utroque scil. privato,

privato; nam & sacra quædam privata, *l.9.§.1.D. ad leg.Iul.pecul.* Aliud, si in hujusmodi locis publicis: ita cape, *l.3.§.pen.D.de jur.fisc.*

SED FORTUITO] Ut puta si qui colendi agri causa fodiens humum, aurum defossum inveniat, nullo adhibito perscrutandi studio, quod permissu domini meritò vetitum, *d.l.un.C.de thesaur.* add. *l.6.3 § pen.& ult.h.t.*

DIMIDIUM FISCI] Quod si inventor partem ad fiscum pertinentem suppresserit, totum cum altero tanto cogitur solvere, *l.3 §.ult.de iur.fisc.* De variis moribus legibusq; circa thesauros, v. eruditissimum Grot.2. *de iur.bell.*8. Peregrin.4. *de iur.fisc.c.2.*

COMMENTARIUS.

1. *Thesauri appellatione significari quævis opes repositas: tum etiam ipsum locum, in quo asservantur, & ratio nominis.*
2. *In quæstione proposita quid eo verbo nostri intelligant, & quo referenda hæc acquisitio.*
3. *Locum proprium hic intelligi etiam eum, in quo alius usumfructum habet: secus si ius emphyteusis aut feudi.*
4. *A divis fratribus nihil mutatum esse ex eo iure, quod de thesauro in loco sacro aut religioso reperto divus Adrianus constituit.*
5. *Cur cæteræ res huius generis etiam in alieno quæsitæ occupantium fiant, thesaurus non item, & n.8.*
6. *Cur thesaurus non totus cedat inventori, ut res cæteræ, quæ nullius.*
7. *Distinctio rerum Cæsaris, fisci, publicarum & civitatis.*
8. *Summa iuris de thesauris constituti, & quid moribus hodiernis obtineat.*

PArtes propositæ tractationis, quæ à Justiniano passim sparsæ sunt, commodioris doctrinæ causa ad duo summa capita revocari posse, ad occupationem scilicet, & rei nostræ potestatem, suprà diximus in explicatione, *§.singulorum eod.* & progressi ostendimus, singula, in quæ incidimus, ad alterutrum horum capitum pertinere. Nihil quod nobis potestate rei nostræ quæratur, supereſt, ad factum & occupationem nostram pertinent, inventio thesauri, apprehensio rerum, quæ à dominis vel traduntur, vel pro derelicto habentur; in quibus porrò explicandis hic titulus consumitur.

Thesauros] Thesaurus Græcis & Latinis idem est, quod Persis *gaza*, nimirum quælibet divitiæ, quas in usum futurum asservamus aut recondimus. Nam & pecunia nuper deposita, & cujus dominus non ignoratur, passim thesaurus appellatur, etiam apud nostros, ut in *l.item Labeo 22. fam. erc.l.thesaurus 25.ad exhib.l.peregre.44.de acq poss.* ac de tali quoque thesauro accipiendo *l.3. §. Neratius d.tit.de acq.poss.* ut rectè existimat Gothofredus, injuria notatus à Bachov *vid.Duar.ad d. §.Neratius.* Locus quoque, in quo opes asservantur, τὸ γαζοφυλάκιον, thesaurus appellatur. Plutarch. *in Solon.* Ἐκέλευσιν αὐτῷ τὰς θησαυρὰς ἀνοῖξαι τῶν χρημάτων Hinc per translationem. Cic.1. *de orat.* memoriam dicit esse rerum omnium thesaurum. Atque hæc significatio etiam rationi nominis convenit. Quamvis enim *Connan.3.comm.4.& Don.4.comm.14.* thesaurum inde dici putant, quod θὲς αὔριον *in crastinum*, sit repositus, ut sit θέσις θὲς αὔριον, propius tamen verò est, vocem esse conjunctam cùm τῷ θήκης τῷ αὔρᾳ, ut sit, conditorium pecuniæ. Hoc enim nomine veteres Græci pecuniam vocabant, qua qui abundabat, αὐρὸς dicebatur, teste Hesychio. Cæterùm in quæstione de acquirendo rerum dominio, cùm agitur de thesauro occupatione acquirendo, Jurisconsulti thesaurum appellant eam duntaxat pecuniam, quę olim condita, nunc, cùm reperitur, à quo condita, aut cuius sit, ignoratur, *l.nunquam 31.§.1.hoc tit.l.un. C.de thesaur.lib.10.l.à turore 67.de rei vend.* convenienter nimirum argumento, quod tractant: cùm non alius thesaurus sit idoneus, qui hoc modo acquiratur, quàm qui dominũ non habeat: nec repugnat communis & popularis loquendi consuetudo. Igitur in quæstione proposita thesaurus definitore Paulo in *d.l 31.* est vetus quædã depositio pecuniæ, cuius non extat memoria, ut jam dominum non habeat. Cui descriptioni similis est illa Leonis in *d. l.un.* thesaurum interpretantis, condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia, & Cassiodori *lib.6.var.c.8.* definientis depositivam pecuniã, quæ longa vetustate competentes dominos amisit. Atq; hinc jam etiam liquet, thesaurum quoque pertinere ad regulam juris gentium de rebus nullius: quanquam non per omnia in thesauro, occupando & nostro faciendo idem servatur, quod in cæteris rebus, quæ nullius sunt. Nam cæteræ hujus generis res, quovis loco occupatæ totæ fiunt occupantis: thesaurus autem extra locum proprium repertus pro parte tantum dimidia. Sed & res cæteræ quæ nullius sunt, fiunt occupantis, etiamsi data opera quæsitæ sint in alieno: thesaurus in alieno quæsitus nullo modo. Quod quamobrem tam variè placitum, intelligetur non ita multò pòst.

Quos quis in suo loco invenerit] Sive data opera quæsitos, sive fortè fortuna: tantùm magicæ artes ad thesaurum in suo inveniendum prohibentur: quas & ubique excipi oportet, *d.l.un.C. de thesaur.* Ait, *in loco suo.* Proprium locum ac-

3 cipere debemus etiam eum, in quo alius usumfructum habet, *arg. pr. inf. de her. inst.* Proinde si in eo loco proprietarius thesaurum invenerit, in suo inveniſſe intelligi debet, & totum sibi quæsiſſe. Si alius, pars dimidia inventoris, pars altera proprietarij erit. Idemq; dicendum est, si usufructuarius invenerit: quoniam thesaurus in fructu non computatur, *l. si hu qui 65. §. 3. hoc tit.* Unde etiam est, quod thesaurus à marito in prædio dotali inventus pro parte dimidia tantùm mariti lucro cedat, pro altera dimidia sit restituendus, quasi in alieno inventus, *l. 7. §. si fundum 12. sol. matr. Moller. 4. sem. 27.* Ager autem vectigalis sive emphyteuticus magis est, ut emphyteutæ proprius existimetur, ejusque, qui dominium utile, quàm qui directũ habet. Nam ad emphyteutam pertinet pleniſſima rei utilitas, & pari jure, quo dominus rem tenet ac possidet; adeoq; adversus ipsum etiam directum dominum utilem in rem actionem habet, *leg. sciendum 15. §. 1 satisd. leg. 1. §. 1. si ag. vect. l. qui scit 25. §. 1. in fin. de usur.* Longè igitur distat emphyteuta à fructuario: emphyteuta jus habet in corpore & substantia rei, fructuarius non item. Hinc est, quo fructuarius in edicto *Qui satisdare cog.* pro possessore non habetur, emphyteuta contra *d. l. 5. §. 1. qui satisd. cog.* quod arbores vi ventorum dejectæ ad emphyteutam pertinent, non ad fructuarium, *l. 12. de usufr.* Si quid servo, in quo quis ususfructus, legatum aut donatum sit, id non fructuario, sed domino proprietatis acquiritur, § 4. *infr. per quas pers. cuique acq.* si servo emphyteutæ, ipsi emphyteutæ. Quam ob causam dubitandum non est, quin si ipse quoque emphyteuta in prædio in emphyteusin sibi concesso thesaurum similiter invenerit, totum eum sibi soli rectè vendicet; eademque planè ratio est Vasalli, qui thesaurum reperit in fundo feudali, *arg. c. un. de invest. de re. al. fac. lib. 2. feud. Mynſ. Schneid. V Vesp. post Gloſſ. & DD. comm. hic, Nic. Burgun. ad conſuet. Fland. tr. 12. Chriſt. vol. 6. deciſ. 21. n. 19. & ſeqq.*

Adrianus naturalem æquitatem ſecutus] Hoc est, secutus regulam juris naturæ sive gentium, de rebus, quę nullius sunt, occupanti concedendis, *§. fera 12. sup. eod.* Nimirum cùm etiam thesaurus numeretur inter ea, quæ nullius sunt, æquum esse censuit Adrianus, etiam in thesauro occupato regulam istam servari; & quidem per omnia, si quis invenisset amico Hercule in suo: quippe qui & alia ratione ita repertum vendicare posse videatur, vel tanquam beneficium & commodum rei suæ, vel quod simile vero sit, eum à majoribus suis conditum esse: hæc enim ratio facit, ut in alieno reperti dimidium concedatur domino soli.

Idemq; ſtatuit, ſi quis in ſacro aut religioſo] Quod hic Adrianum constituisse refert Justinianus, id à fratribus Principibus civili ratione mutatum esse existimant *Accurſ. Ang. Porc. Fab. Schneid. hic Duar. de acq. rer. dom. c. 4. Don. 4. comm. 14.* Sic enim scribit Callistrat. *l. 3. §. pen. de jur. fiſc. Si in locis fiſcalibus, vel publicis, religioſiſve, aut monumẽtis theſauri reperti fuerint, divi fratres conſtituerunt, ut dimidia pars fiſco vindicaretur,* quam sententiã veram quidem esse fatetur Covar. in *c. peccatum de reg. jur. in 6. p. 3. relect. §. 2. n. 3.* sed ille constitutionem divorũ fratrum à Justiniano iterum abrogatam cõtendit, qua parte illa derogaverat edicto divi Adriani. Neutrũ probabile mihi videtur. Nam si edictum Adriani rescripto Antonini & Veri sublatum fuisset, utiq; non quid ille, sed quid 4
hi de thesauris in loco sacro religioſóve inventis cõstituissent, Justinianus commemorasset: & cùm simpliciter referat edictum Adriani, non facta mentione rescripti fratrum imperatorum, vix est, ut dici possit, hic aliquid novi juris ab eo cõstitutum esse. Arbitror, commoda explicatione *d. l. 3. §. pen.* cum hoc nostro §. conciliari posse: quamvis id neget Ant. Matth. Constituit Adrianus, thesaurum eius esse, qui eum inveniſſet in loco suo: addidit, idem esse, etiamsi in loco sacro aut religioso repertus sit; nimirum eius itidem esse, cujus est fundus, in quo loca ista suos, perinde quasi in suo adhuc reperiſſet. Nã etsi loca sacra & religiosa nullius verè in bonis sint, ejus tamen aliquatenus sunt, cujus in usu & fundo sunt, & quodammodo juris privati, *arg. l. 5. & ſeq. de relig. l. ſacrilegi 9. §. 1. ad leg. Iul. pec. l. in modicis 24. de contr. empt.* neque potest sine injuria vel in Deos ipsos Deorum beneficio privari, qui vel ipsi, vel quorum majores partem fundi sui divinis usibus dicaverunt. Quid divi fratres in *d. l. 3. §. pen. de iure fiſci?* Constituerunt, inquit Callistratus, ut thesauri in locis fiscalibus vel publicis religiosisve aut monumentis reperti pro parte dimidia fisco vendicarentur. Titulus ipse & rerum conjunctio ostendunt, loqui Impp. de locis religiosis similibus publicis, in quibus scilicet fiscus jus habet, aut qui fisci quodãmodo sunt, putà quod ad fiscum fortè pervenerunt; juxta *leg. 6. eod. tit.* vel quæ publicè civium funeribus destinata sunt, cujusmodi tenuiorum tumulos in suburbanis fuisse auctor est Aggen. Urbicus. In his locis eodem jure uti fiscum volunt, quo utitur in rebus publicis juris profani, aut quo utuntur privati in loco suo sive profano sive religioso. Et verò ob loci religionem aut sanctitatem nihil novi juris hic constitutum fuisse, argumento est, quod Leo Imp in *d. l. un. C. de Theſaur.* simpliciter distinguit, an quis in suo loco repererit, an in non suo, nulla facta mentione sacri aut profani, quasi hoc nihil ad rem faciat: idque ex Ælio Spartiano etiam certius

colligas,

colligas, qui itidem sine ulla rerum distinctione refert, Adrianum de Thesauris ita caviſſe, ut *si quis in ſuo reperiſſet, ipſe potiretur: ſi quis in alieno dimidium domino daret: ſi quis in publico, cum fiſco æqualiter partiretur.* Nulla igitur est pugna inter *d. l. 3. §. pen.* & hunc §. noſtrum, quem de loco religioſo privato accipi oportet, ſuadente id ipſum quoque rerum in eo conjunctione & diſcretione: manifeſteq; labitur Bachovius, qui ob conjunctionē loci religioſi & ſacri negat hanc interpretationem admitti poſſe, ad quod nulla loca aut ædes ſacræ privatæ dici poſſint? hoc enim falſum eſſe, & ſacella privata propriaſq; ſuas ædiculas veteres habuiſſe, vel unus Paulus eum docere poterat in *l. ſacrilegi 9. §. 1. ad leg. Iul. pec.* ita propemodum & *Conn. 3. Com. 4. Charond. 1. veriſim. 21. Robert. rec. lect. 5. Cantiunc. & VVeſemb. hic.*

Fortuito caſu] Theſaurus, quem inveni in loco meo ſive fortuitum ſive quæſitum, meus eſt: ſin ille locus meus ſacer eſt vel religioſus, non aliàs meus erit, quàm ſi fortunæ quaſi munere mihi oblatus fuerit, nullo adhibito perſcrutandi ſtudio: quod procul dubio ideò placuit, ne detur occaſio violandorum ſepulchrorum & aperiendi urnas defunctorum, ſi etiam ſtudiosè quæſitum inventumque ſuum quiſque faciat, ſibique habeat.

5 *At ſi quis in alieno*] Cæteræ res, quæ nullius ſunt, occupantium fiunt, etiamſi data opera in alieno quæſituræ ſint, ut de feris beſtijs in fundo alieno inveſtigatis & captis diximus: theſaurus in alieno quæſitus & inventus ne pro parte quidem fit inventoris, ſed totus domino reddi jubetur, *d. l. un. C. de theſaur.* Ratio diverſi juris hæc eſt, quod qui feram in alieno capit, aut rem, putà pro derelicto habitam, tollit, nihil fundo aut fundi domino nocet: ad theſaurum verò perveniri non poteſt ſine effoſſionibus & manifeſto damno fundi in cuius viſceribus theſaurus abditus jacet. Aliena autem effodere ſine permiſſu domini, inque iis latentes rimari opes, meritò vetitum, & pœna, non præmio dignum, *d. l. un. l. 2. C. Theod. de theſaur.*

Dimidium domino ſoli] Theſaurus in alieno loco caſu inventus, dum quis arat, aut quid aliud in eo operis facit, pro dimidio inventoris fit, pars altera dimidia conceditur domino ſoli, *l. ſi is 63. §. pen. & ult. hoc tit. l. un. C. de theſ.* Cur verò, inquis, non to-
6 tus cedit inventori, ſicuti cæteræ eiuſdem generis res occupantis totæ fiunt, loco quocumque occupatæ: ut feræ beſtiæ, res pro derelicto habitæ, gemmæ & lapilli inventi in littoribus? Nimirum quia illæ veræ nullius ſunt, theſaurus non eſt, quippe quem nemo eo animo abſcondit, ut enim in numero rerum ſuarum eſſe nolit, ſed ut tutiore loco cuſtodiat: tantùm ideò nullius eſſe dicitur, quia cujus ſit non apparet: nam etſi dominum per rerum naturam habeat, hæredem ſcilicet eius, qui eum defodit, quamvis per longiſſimam ſucceſſionem primo domino ſuccedentem: apud nos tamen non habet; quia à nobis dominus ignoratur: ob quam incertitudinem itum eſt ad hanc partitionem, ut pars una inventori, pars altera domino loci adjudicaretur. Tametſi enim pro inventore dici poterat, theſaurum, ut rem nullius, totum ei, qui invenit; tribui oportere, propterea quòd de his, quæ non apparent, perinde judicandum ſit, quaſi non eſſent; *l. in lege 77. de contr. empt.* dominum tamen loci & ſua & par ratio defendit, qui contra ſibi theſaurum vindicans, dicere poteſt, nihil eſſe veriſimilius, quàm quod à majoribus ſuis profectus ſit: in proprio enim, quia tutius, nō in alieno theſauros condi: adhæc fundi, in quo tanto tempore aſſervatus eſt, quodammodo beneficium eſſe: quam ob cauſam cùm Imp. Gratianus, Valentinian. & Theod. partem quartam duntaxat domino loci aſſignaſſent *l. 2. C. Theod. de theſ.* meritò Imp. Leo, abrogata eorum conſtitutione, ad æqualitatem partitionis & veterum conſtitutionum normam rem revocavit.

In Cæſaris loco, &c.] Diſtinguit Imp. loca Cæſaris à locis fiſcalibus, & hæc à publicis, publica à locis
7 civitatis. Res Cæſaris dicuntur bona Principis patrimonialia. Res fiſci ſunt, veluti bona proſcriptorum, vectigalia, commiſſa, bona caduca, quæ quidem & ipſa quaſi propria & privata ſunt Principis, *l. 2. §. 4. ne quid in loc. pub.* ſed ut Principis, & ratione imperij. Publica loca appellat, quæ in uſu publico ſunt populi Romani, veluti areæ, inſulæ, agri, vitæ itineraque publica, *d. l. 2 §. 3.* Loca civitatis, quæ uſibus civium in municipiis & ſingulis civitatibus deſerviunt, *§ univerſitatis ſup. eod.* quæ à publicis eodem ſenſu hic ſeparat, quo Ulp. bona civitatis ab iis, quæ populi Romani ſunt, *l. 15. de verb. ſign.* Spartianus omnia iſta loca deſignavit uno verbo publici. Hæc obiter in præſentia: ſubtilius rerum Cæſaris, fiſcalium & publicarum diſcrimen exquiremus, *§ ult. inſt. de uſuc.*

Dimidium fiſci vel civitatis] Sive in loco alie-
8 no privati alicuius, ſive in loco Cæſaris, aut publico fiſci vel civitatis theſaurus repertus ſit, medietatem duntaxat inventor conſequitur, pars altera repertorum ad eum pertinet, qui loci dominus eſt, aut jus imperiúmve in eo habet. & quod diximus de loco privato, non aliter partem in eo reperti inventoris fieri, quàm ſi fortuitò & aliud agens invenerit: alioqui totum reſtituendum eſſe ei, cujus eſt locus, hoc non minus obtinere debet in locis publicis, ut in his etiam conſulta opera quæſitus & inventus ſimiliter totus

Ministerio de Cultura 2024

pertineat ad Principem vel civitatem. Non enim magis fas esse credendum est, publica loca effodere & scrutari, quàm privata aliena, fac. constitutio Frederici *lib. 2. Feud. tit. 56. quæ sint regal. in fin.* Quod si inventor partem thesauri ad fiscum pertinentem suppresserit, totum cum altero tanto cogitur solvere. Deferre autem se nemo cogitur, si pars fisco non debeatur, *l. 3. §. ult. de jur. fisc.*

9 Summa juris de thesauris edicto D. Adriani constituti hæc est, ut si quis thesaurum in suo reperisset, sive quæsitum, sive nihil tale cogitans, totum sibi haberet: si quis in alieno, non data ad hoc opera dimidium domino daret, partem alteram duntaxat ipse consequeretur: si quis in loco publico, itidem non data opera, cum Principe aut civitate æqualiter partiretur. Si quis autem scrutatus in alieno sive privato sive publico thesaurum invenisset, is totum hunc domino loci, sive, ad cuius curam vel imperium locus pertiner, reddere cogeretur. Ab hoc jure cùm procedente tempore recessum esset, ut constat ex *tit. C. Theod. de thesau.* reductum illud est à Leone Nepote, *l. un. C. Iustin. eod.* iterumque vigore suo privatum, restitutum à Leone Philosopho. *Nov. Leon, 51.* A Frederico nil mutatum, *tit. quæ sint reg.* At nunc in plerisque locis thesauros, ut & alia plerumque ἀδέσποτα, Principes sibi vendicant, & quidem insolidum, quocunque in loco reperti fuerint: estque id nunc jus commune & quasi gentium. Nam & in Germania, & Gallia, & Anglia, & Hispania, & Dania id observatur, teste *D. Grot. 2. de jur. bell. c. 8. n. 7. add. Peregrin. lib. 4. de jur. fisc. c. 2. Covar. in relect. c. peccatum de reg. jur. in 6. part 3. §. 2. Le bret. lib. 3. de la souveraineté, c. 6. Christin. vol. 5. decis. 16.* Theodoricus quoque rex thesauros quocunque loco repertos publico vendicari jussit. *Sine damno* enim, inquit, *inventa perdit, qui propria non amittit.* Cassiodorus 4. *var. 34. & 6. 8.* Apud nos tamen jus hoc incertum esse dicitur; nam patronos quidem fisci contendere thesauros quocunque in loco inventos ad fiscum pertinere, ut in plerisque aliis regionibus nunc obtinere diximus: cæterum alios contra putare, sequendam nobis esse in hoc negotio constitutionem juris Romani; propterea quod neque quicquam de eo cautum reperiatur regibus propriis, neque doceri possit, Romani juris vigorem apud nos desuetudine usuque contrario enervatum. *Grot. 2. manud. ad Iurisc. Bat. c. 4.* Itaque in hoc dubio contra fiscum facilè responderim, *arg. l. non puto 10. de jur. fisc. add. Groenew. de ll. abreg. hic.*

TEXTUS.

40. *Per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, quàm voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi: & ideò cujuscunque generis sit corporalis res, tradi potest, & à domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque & tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria & tributaria prædia, quæ in provincijs sunt: inter quæ nec non & Italica prædia, ex nostra constitutione nulla est differentia: sed siquidem ex causa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur.*

NOTÆ.

40. PER TRADITIONEM] Ex Cajo. *l. 9. §. 3 h. t.* Sola autem conventione dominium non transfertur, veluti si inter nos convenerit, ut mea res esset tua, licet ex justa causa, puta, quia eam tibi vendidi, *l. 20. C. de pact.*

TAM CONVENIENS NATURALI ÆQUITATI] Est enim suæ quisque rei moderator & arbiter, *l. 21. C. mand.*

CUIUSCUMQUE GENERIS] Sive mancipi, sive nec mancipi, quam differentiam delevit Just. *l. un. C. de usuc. transfor.* v. Ulp. *tit. 19.*

CORPORALIS RES] Nam incorporales traditionem non recipiunt, *l. 43. §. 1. h. t. 14. §. propen. D. de usuc.*, sed in his unius patientia & usus alterius pro traditione & apprehensione est, *l. uli. D. de servit. l. 3. pr. D. de usufr.*

STIPENDIARIA ET TRIBUTARIA] Quædam erant provinciæ stipendiariæ, quædam tributariæ, prout quædam erant proconsulares, quædam præsidales, de quibus Strabo *lib. 3. & ult.* Dio *53.* add. Sig. *de jur. civ. Ro. lib. 1. c. 16.*

NOSTRA CONSTITUT.] *l. l. un. C. de usucap. transf.* ubi tollitur vetus rerum & dominiorum distinctio. Etsi autem provinciales pleno jure domini non erant; habebant tamen jus aliquod dominio proximum, prædiaque sua alienare poterant, & hæredibus relinquere, & servitutem his imponere, *l. 3. de servit.*

EX CAUSA] Nunquam enim nuda traditio dominium transfert, sed ita, si venditio aut alia justa causa, id est, titulus ad dominium transferendum

rendum habilis, præcesserit, *l.* 31. *h.t.* saltem opinione tradentis.

COMMENTARIUS.

1. *Citra traditionem dominia rerum jure gentium non transferri, & quam rationem hoc habeat.*
2. *An ad transferendum dominium requiratur vacua possessionis traditio.*
3. *Responsum Triphonini sub tit. de fund. tot. expositum.*
4. *Traditione non transferri dominium, nisi justa causa, saltem opinione tradentis, præcesserit, propter quam traditio sequatur.*
5. *An & quando dissensio in causis tradendi & accipiendi impediat dominij translationem.*
6. *De veteri dissrimine dominorum nonnulla.*
7. *Quale jus olim possessores prædiorum provincialium habuerint.*
8. *Stipendium & tributum univocè dici.*
9. *Provincialium qui vectigales, qui stipendarij sive tributarij appellati.*

HÆc quoque acquisitionis species ad generalem occupationem referri debet: nam cùm traditione rem acquiri dicimus, non intelligimus solùm factum tradentis, sed ex effectu magis etiam rei traditæ acceptionem atque apprehensionem; quippe sine qua traditio non perficitur, hoc est, dominium non transfertur aut acquiritur, *l. in omnibus 55. de obl. & act.* Differt autem hic modus acquirendi à superioribus eiusdem generis, quod earum rerum, quæ nulliùs sunt, gentium acquirendarum ratio præter apprehensionem nihil desiderat, quia occupantur sine cuiusquam injuria; quæ ex hostibus capiuntur, invitis dominis ad nos transeunt jure belli: in specie autem proposita non satis est nanciscendi dominij causa rem apprehendisse, nisi & voluntate domini in hoc tradita sit; quod omnino hic exigit ratio juris gentium, *d. l. in omnibus l. 2. de his qui sui vel al. jur. l. id quod nostrum de reg. jur.* Et quia nemo eo animo est, ut velit rem suam in alium transferre sine causa, inde est, quod, cùm in cæteris omnibus juris gentium acquisitionibus modus acquirendi idem sit & causa sive titulus, (verbi causa occupatio feræ bestiæ est & modus acquirendi & titulus) ea in hac specie perpetuò distinguantur. Modus acquirendi est traditio vel potius rei traditæ acceptio & apprehensio; titulus, veluti emptio, permutatio, donatio, cæteræque causæ; ex quibus re à domino tradita dominium in accipientem transit sin minus, jus usucapiendi, *l. nunquam 31. hoc tit. l. 1. & seqq. de publ. in rem act.*

Per traditionem] Traditio vel vera est, quæ naturalis datio appellatur, *l. non statim 8. de pecul.* & in re mobili est de manu in manum translatio, in re soli in possessionem inductio, vel ficta, quæ commoditatis causa fit vel brevi manu, vel actu aliquo corporis, aut nota sive symbolo quod veram traditionem repræsentet. Non minùs verò ficta & symbolica traditione dominium in accipientem transit, quàm vera & naturali, §. *interdum & seq. inst. eod.* Ar citra ullam traditionem nudis & 1
solis pactis dominium non transfertur, etiamsi id agatur in negotio gerendo, ut transeat verbi causa, placuit inter nos, ut mea res esset tua; licet id placuerit ex justa causa, puta quia eam tibi vendidi, non ante tamen tua erit, quàm à me tibi tradita sit, vid. *l. traditionibus, 20. C. de pact. l. si ager. 50. de rei vend. l. quotiens l. pen. C. eod. l. 6. C. de har. vel. act. vend.* Cur verò ad dominium transferendum non placet sufficere nudam convenientium voluntatem? Nimirum quia nemo ex ratione juris gentium facto suo rem, sivè ea nullius sit, sive alterius, acquirit, nisi cuius potestati & manui subjecta sit; quod ita quisque consequitur; si eam apprehenderit; si possessionem eius nanciscantur, *arg. l. 1, §. 1. de acq. poss.* Non aliter autem possessio rei alienæ apprehendi, & per eam potestati nostræ res subjici potest, quàm si dominus eam tradiderit, in cuius tam diu potestate est & manet. Diss. tamen D. Grot. *2. de jur. bell. c. 6. & 8.* contendens ex ratione juris naturæ seu gentium: nihil amplius ad translationem dominij requiri, quàm solam voluntatem domini rem suam alteri in hoc addicentis: jure autem & ratione civili institutum esse securitatis dominiorum causa, & occurrendi temerarius alienationibus, ut tunc demum dominium à priore domino abeat, cùm is alteri rem tenendam & possidendam tradiderit: quod quia à multis gentibus receptum, jus gentium impropriè dicatur. Sed posito eo, quod diximus, & quæ veterum sanè *
omnium sententia fuit, traditione, non nuda conventione, dominium jure naturali sive gentium acquiri, quæsitum porrò ab interpp. est, an in 2
proposito ad dominium transferendum sufficiat, rem qualiter-qualiter tradidisse, dum ea tradita sit vacua ab omni detentore, qui apprehensionem impediat, an verò ad eam rem necesse sit, tradere rei vacuam & plenam possessionem. Breviter, an res ab alio possessa ita alicui tradi possit, ut dominium in eum transeat, Finge ita: Fundum tibi vendidi, qui ab alio bona fide possidebatur, & dum fortè possessor peregrè abest, eum tibi tradidi dominij transferendi causa, tu in eum ingressus es eo animo, ut capias, quod traditur, & dominus fias. Quæritur, an quia vacua possessio tibi tradita non est, ac ne possessio quidem, nihilominùs

tibi

tibi fundus jure gentium acquiratur. Et putavi aliquando cum DD. Longobardis, *Placent. Ioan. Azen. Accurs. Odofred. Bart. Bald.* quos sequitur *D. Don. 4. comment.* 19. acquiri: neque alienam absentis possessionem obstare domino, quominùs ille rem suam transferat in eum, cui ejus rei corpus prehendendũ & tenendum dat, sine cujusquam impedimento. Cæterùm nunc in contrarium moveor, & quidem maximè illa ipsa ratione, quia illi utuntur ad probandam necessitatem traditionis. Ajunt enim adeò ad acquisitionem & translationem dominij necessariam esse traditionem, quia ratio juris gentium exigit, ut quod facto nostro acquiritur, prius potestati nostræ subjiciatur. At verò potestati nostræ subiecta dici non potest, cuius plenam possessionem, camque, quæ avelli non possit, nacti non sumus, *l. non videtur 22. de acq. poss l. 4. §. in potestate de usuc. leg. 13. §. 1. de verb. sign.* neq; potest in nos transferri possessio justa eius rei, quam alius possidet, quamdiu possidet, & vel animo retinet possessionem, *l. 3. §. ex contrario 5. & §. 7 l. 6. §. ult. de acq. poss.* Sunt verò & alia huius rei argumenta non pauca. Nam cùm unum idemq; genus sit, & actus idem traditionis, qua transfertur dominium & præstatur causa usucapionis, *arg. l. 11. §. 1. de act. empt. l. fundum 46. §. 1. de evict. §. pen inf. per quas pers.* non magis convenit, re à domino tradita dominium transferri sine translatione possessionis, quàm re tradita à non domino jus usucapiendi. Adhæc si dominium nobis acquiri potest directò sine possessione, poterit & per procuratorem eodem modo. Quid enim interest, mihi res tradatur, an mea voluntate alteri meo nomine accipienti? Planè nihil *l. restituta 37. ad sen. Trebel.* At certum est, per procuratorem dominium nobis non acquiri nisi per consequentiam possessionis per eum nobis adeptæ, *l. traditio 20. §. ult. hoc tit. d. §. pen. inf. per quas pers. l. 1. & l. 8. C. de acq poss.* Quin etiam ipsa traditio non propter se, sed propter possessionem videtur requiri, cùm ubi sine traditione possessio obtineri potest, traditio non desideretur, *l. 9. §. interdum inf. eod.* His accedit & veterum manifesta auctoritas, quibus tradere, cùm de transferendo dominio quæritur, nihil aliud est, quàm potestatem facere rei habendæ & possidendæ; traditio nihil aliud, quàm possessionis datio atque translatio, *leg. 3 §. 1. de act empt.* Hinc illa re tradita, possessionem amitti, *l. si ager. 50. de rei vend.* retenta possessione, nihil traditum intelligi, *l. serv. 16. de pec. & comm. rei vend.* Huc denique pertinent textus, *l. cum res 12. C. de probat. l. qui prædium 13. C. de distr. pign.* & maximè *l. 8. C. de act. empt.* item *l. hac si 47. de rei vend.* quo loco diserte scribit Paulus, non aliter dominium re absentis nobis acquiri, quàm si possessionem eius nacti simus ex voluntate domini. Etenim inquies, nihil commune habet possessio cum dominio, *l. 11. §. 1. de acq poss.* Quid tum posteà? nam nec titulus sive causa, nec nuda apprehensio & detentio habet: quæ tamen illi ipsi in proposito requirunt, qui hoc objiciunt. Separata quoque est causa possessionis & usucapionis, *l. 2. §. 1. pro empt.* nemo tamen inde colligit; usucapionem sine possessione procedere. Nihil ad rem facit quod dominium retineri potest sine possessione: non enim tam facilè, quid acquiritur, quàm quæsitum semel retinetur. Possessio nõ acquiritur nisi animo & corpore, animo retinetur solo, *l. 3. §. 1. & §. salvus 12. l. 6. in fin. de acq. poss.* Feræ bestiæ non aliter nostræ fiunt, quàm si eas ceperimus: manent nostræ semel captæ, quamvis effugerint, quamdiu cum spe recuperandi eas persequimur, *§. fera 12. sup. eod.* Unus locus est, quo præcipuè moventur, qui dominium etiam sine possessione acquiri posse contendunt, *l si fundũ 16. de fund. dot.* Ajunt in eo responso mulierem à Tryphonino proponi, quæ fundum, quem Titius possidebat & propè jam usuceperat, marito in dotẽ dedit eo effectu, ut fundus dotalis fieret, atq; ex eo tempore ad prohibitionem legis Juliæ pertinere inciperet, marito q; acquireretur vendicatio: quæ omnia arguant, dominium istius fundi marito quæsitum fuisse, per *l. in rem 23. de rei vend. junct. l. dotale 13. §. 2. de fund. dot.* cui tamen possessio acquiri nõ potuit, cùm alius fundum possideret. Unde porrò effici putant, fundi istius dominium simplici traditione ac nudo bruto q; corporis contactu in maritum translatum fuisse. Sed eorum, quæ colligunt, nihil ex isto responso necessariò sequitur. Etenim in dotem quoque data dicuntur, quæ non protinus tradita sunt, sed doti tãtùm destinata, *l. si rem. 14. & l. seq. de jur. dot.* & cur prædium dotale constitui minus rectè dicatur, quod mulier instrumento dotali profitetur se in dotem dare, quàm ususfructus & jura prædiorum constitui dicuntur pactionibus & stipulationibus? *§ 1. instr. de usufr. §. ult. inf. de servit. prad.* Sed & jus vendicandi marito competere potest nondum translato rei in dotem datæ dominio, cessione videlicet actionis, *arg. leg. ult. C. hær. vend.* quam in specie à Tryphonino proposita interveniisse sive actionem ipsam in dotem datam omninò credibile est, cùm ipsam rem tradere, quam alter possidebat & tenebat, mulier non potuerit. Lex Julia vetat alienari vel usucapi fundum dotalem. Hæc prohibitio legis Juliæ pertinet quidem maximè ad fundum jam traditum & marito acquisitum: quippe qui propriè doralis est, *d. l. dotale l. 13. §. 2. de fund. dot.* & dotalis constituitur non qualiquali traditione, sed ea, quæ & possessionem transferat, *leg. in fin. fol. matrim.* 3

Cæterum

Cæterùm ut Tryphoninus significat, pertinet ea lex etiam ad fundum nondum traditum, sed doti tantum destinatum aut instrumento promissum, translata actione ad dominium vendicandum: propterea credo, quod qui actionem ad rem vendicandam habet, propè abest ab eo, qui habet rem ipsam, *l. qui actionem de reg. iur.* Juvat hanc interpretationem locus ipse, in quo cùm nulla fit mentio traditionis, tum quod maritus dicitur fundum à Titio petere debuisse; argumento est Titium ipsum fuisse & mansisse in possessione, nihilque marito ne corporaliter quidem traditum & tenendum datum. Planè sufficit tradentem verè possidere, licet alius in possessione sit, hoc est, rem detineat: nam jus detentionis non impedire, quominus simplici traditione possessio & per eam dominium transferatur, ostendit *l. 14. & tot. tit. quæ in fraud. cred.* nec obstat, quod dicitur *in l. 2. §. 1. de act. empt.* vacuam possessionem emptori traditam non intelligi, si creditores bona possideant: hoc enim ad obligationem venditoris pertinet, quæ hoc exigit, non tantum ut res præstetur vacua ab omni vero possessore, sed etiam ab alio omni, qui jus aliud, vel detentionem habeat, cuiusmodi habent creditores, qui morante porro debitore etiam secundùm decretum petere & impetrare possunt. Illud meminisse oportet, disputare nos de acquirendo rerum dominio jure gentium: nam quin iure civili multis ex causis sine possessione acquiratur, veluti aditione hæreditatis, agnitione bonorum possessionis, legati, fideicommissi, dubium non est. Utilitatis quoque causa jure singulari in quibusdam causis receptum, ut cui possessio non acquiritur aut acquiri non potest, ei simplici apprehensione acquiratur dominium, eo qui tradit amittente possessionem, *vid. l. acquirantur* 10. *§. 4. l. lib* 19. *iunct. l. homo* 54. *hoc tit. l. etiam invitis* 32. *eod. iunct. l peregre.* 44. *§* 1. *de acq poss. leg.* 13. *de donat. add. Cont. lib.* 1. *disp.* 8. *Hotoman. illud quæst.* 11. *Bronch.* 3. *ass.* 81.

Voluntatem domini] Est enim suæ quisque rei moderator & arbiter, *leg. in re mandata* 21. *C. mand.* Cæterùm ut quis velle rem suam transferre intelligatur, duo hæc concurrere debent: ut sciat rem suam esse, quam transferre cogitat, ut iustam causam habeat, cur velit, puta quia vendidit, dare promisit, &c. Illud, quia nemo, qui errans in dominio rei suæ, suam esse ignorans, eam pro aliena tradit, hoc animo est, ut eam transferat, *l. si procurator.* 35. *hoc tit. arg l.* 15 *de iurisd.* Aio, *in dominio rei suæ:* nam si quis non erret in re sua non in ea, de qua transferenda agitur; sed in re alia, puta in causa debendi; hic error alienationi non obstat: & ideo indebiti per errorem soluti nulla vindicatio est. Hoc, quia nemo rem suam alicui tradit transferendi gratia, nisi causam habeat, cur id faciat. Hinc illud Pauli; *Numquam nuda traditio transfert dominium sed ita si venditio aut alia iusta causa præcesserit propter quam traditio secuta sit. l. numquam* 31. *hoc tit.* Nec dicat quisquam, id requiri superfluè, cùm si nulla causa adsit, præsumi debeat donatio, *arg. l. Campanus* 47. *de oper. lib.* quoniam hoc tunc solum locum habet, cùm res consulto data est *l. cuius per errorem* 53. *de reg. iur.* Illud non refert, revera præcesserit causa, an opinione tradentis, ut patet in solutione indebiti. Sed quæstionis est, si ego ex una causa tibi tradam, tu ex alia accipias, an hæc in causis tradendi & accipiendi dissensio impediat dominij translationem. Et siquidem in tradente nulla sit causa dominii transferendi, vel in capiente nulla nanciscendi; ut si ego deponam apud te pecuniam, tu quasi mutuam aut donatam accipias; aut è converso, si ego tibi dem pecuniam quasi mutuam, tu quasi commodatam accipias ostentandi causa; certum est, dominium non transferri, *l. si ego* 18. *§. 1. de reb. cred.* Non enim hic concurrit affectus ex utraq; parte contrahentium, quem ad translationem dominij requirimus, *l. in omnibus* 55. *de obl. & act.* At si utrinque subesse existimetur causa idonea, ex qua dominium transferatur; veluti si tibi dem fundum tanquam à me debitum ex testamento, tu quasi ex stipulatu debitum accipias; vel si ego tibi tradam pecuniam donandi animo, tu accipias quasi creditam, hic quia ex utraque causa id pariter agitur, ut dominium transferatur, puto traditionem efficacem esse: idque & Julianus generaliter probat *l. cum in corpus* 36. *hoc tit.* Videtur autem à Juliano dissentire Ulpianus in specie posteriore, cùm pecuniam tibi dedi quasi donaturus, tu quasi mutuam accipis, *d. l si ego* 18. *pr. de reb. cred.* Primum negat hic esse donationem: sed hoc etiam ex sententia Juliani. Deinde ait, nec mutuam esse: nec hoc quidem negaverit Julianus, quia mutuo data non est. Sed quod addit postea; *magisque nummos accipientis non fieri*, in eo dixeris eum dissidere à Juliano, qui generaliter definit, dissensum in causis transferendi non obstare translationi, cùm in corpus quod traditur, consentimus, & hanc regulam etiam eodem exemplo declarat *d l. cum in corpus*, quod proponitur ab Ulpian. *d. leg. si ego de reb. cred.* D. Contius, 1. *disput* 9. & Bachov. *in Treutl. disp. de mutuo*, *thes.* 4. negant hoc dissidium componi posse: & sanè ferri non potest, quod Alciatus 5. *parerg.* 15. *Pac.* 3. *quæst.* 67. *Gilb. Reg.* 1. *enant. ultim.* putant, diversas esse horum locorum species, pecuniam creditam apud Julianum interpretantes debitam, contra usum verborum &

manifestum sensum Jurisconsulti. Si qua est componendi ratio, ea est, quam affert *Connan.3. comm. 7.& Don.3.com.18.& ad d.l.si ego de reb.cred.* nimirum Verba hæc Ulpiani, *magisque nummos accipientis non fieri*, duplicem posse pati interpretationem: posse sic accipi, ut nummi omninò non fiant accipientis: posse etiam sic, ut non fiant perfectè, non irrevocabiliter, ex comparatione scil. acquisitionis rei donatæ, *arg. l.aliud est capere 71.de verb.sign. l. cum quis 38 §.3.de solut.* fiant tamen eo effectu, ut etiamsi adhuc extent, vendicari nequeant, consumpti nec efficaciter condici. Atque hoc posteriore modo verba Ulpiani accipienda esse propter generalem Juliani definitionem. Et videtur aliquo modo suadere hanc interpretationem etiam ratio ab Ulpiano subjecta, *cum alia opinione acceperit*, quippe qui donatum sibi tanquam mutuum accipit, non eo animo est, ut dominus non fiat, sed ut non fiat simpliciter & sine obligatione restituendi tantumdem, tanquam ex causa donationis. Fusius hæc exequor *lib.2.sel.quæst.c.35.*

Cujuscunque generis sit] Modò ne talis, cuius alienatio prohibita, ut fundi dotalis: aut ne causa, ex qua traditur, jure improbata; ut donatio inter virum & uxorem. Ait autem, *cuiuscunque generis*, ut significet, non solas nunc res nec mancipi, ut olim, simplici traditione & nudo naturali actu pleno jure transferri: sed etiam res mancipi; cujusmodi erant prædia & præditorum jura in Italico solo; servi & quadrupedes, quæ dorso collóve domantur; & olim non abalienabantur ex jure Quiritium sine actu civili, sine nexus aut cessionis in jure solemnitate, *vid Vlpian.tit.19 in fragm. Revard.ad leg. 12. tab.c.16.*

Corporales res] Nam res incorporales propriè traditionem non recipiunt, *l.3.§.si iter de act.empt. l.servus 43.§.1.hoc tit.* uti nec possessionem, *l.4.§.si viam 27.de usurp.& usuc.* sed est in his, quod vice traditionis fungatur patientia domini, & vice apprehensionis possessionisque sit usus illius cui dominus huiusmodi ius quæsitum vult *l.ult. de serv.l.3. in pr. de usufr.d.l.3.§.si iter.de act.emp.l.2.§.ult.de prec.*

A domino] Qui scilicet liberam rerum suarum administrationem habeat. Nihil autem interest, utrũ ipse dominus rem suam alicui transferendi causa tradat, an voluntate eius alius, procurator puta aut creditor, *§.nihil autem inf.eod §.1.inf.quib.al. lic* aut etiam alij, qui jure pro dominis habentur, ut tutores & curatores, *l.bona fidei 109. de verb.sign. l. non omni 16.& l.lex.22.C.de adm.tut.*

6 *Tradita alienatur*] Non minus videlicet pleno jure, quàm si mancipata aut in jure cessa esset, sublato antiquo discrimine dominij, *l.un.C.de nud.jur. Quir.toll.* Etenim duo antiquitus fuere dominorum genera; naturale unum, quod in bonis: alterum civile sive legitimũ, quod ex jure Quiritium appellabatur, & vel nudum erat, vel plenum. Si, verbi causa, civis Romanus à cive Romano servum emisset, isque ei traditus esset, neq; tamen mancipatus aut cessus in jure, annóve ab eo possessus, is servus in bonis quidem emptoris erat: ex jure vero Quiritium non erat, sed eo iure manebat venditoris, quamdiu mancipatus, in iure cessus, aut usucaptus non esset. Jus hoc Quiritium sibi asserebat, qui vindicabat hac vulgata formula: *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio.l.1.de rei vend.* Hinc & illa iudicis dati formula apud *Cic.4. in Verr. Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex jure Quiritium P.Servilij esse*, vide is *Theoph. tit.de liberi. Vlp.d. tit.19.Briss.n.4.antiq.22.Revard.d.c.16.* Erat autem eius, qui in bonis habebat, causa potior, quàm domini ex iure quiritiarii: nã si servus alterius in bonis, alterius ex iure Quiritium esset, ex omnibus causis acquirebat ei, cuius in bonis erat, *Vlp.d.tit.19.§.pen.* Qua de causa Justinianus nudum hoc & inane Quiritium ius sustulit, *d.l.un.C.de nud.jur.Quir.toll.*

Tributaria prædia eodem modo alienantur] Dixit, res omnes, cuiuscumque generis sint, traditione alienari, hoc est, ut omnes exponunt, non minus res mancipi, quàm nec mancipi. Hinc infert etiam, eodem modo alienari prædia provincialia. Atqui hæc prædia fuere res nec mancipi: res autem nec mancipi etiam veteri iure nuda traditione abalienabantur, *Vlp.d.tit.§.6.* Unde videtur ex contrario sic inferendum fuisse; *Itaque Italica quoque prædia eodem modo alienantur.* Verum aliò respicere Imperatorum, ex sequentibus apparet, ad exæquationem videlicet iuris prædiorum provincialium & Italicorem, cuius ipse primus auctor est, *l.un. C. de usufr.* Olim agri & prædia in provinciis non erant 7
pleno iure possessorum, sed usu & fructu duntaxat: summo autem iure propria erant populi Romani: quippe quæ prædia cùm primum iure belli una cum possessoribus in ius & ditionem populi victoris venissent, hoc est, publica facta essent populi Romani, sæpè provincialibus seu veteribus dominis denuò utenda & fruenda concedebantur, imposito animo vectigali aut tributo in argumentum retentæ proprietatis aut summi iuris. Unde est quod prædia ista à possessoribus mancipio dari non poterant, nec ab alio usucapi, sed longi duntaxat temporis possessione illud, quod dixi, ius in iis acquiri: de quo uberius *tit.6.* Poterat & nuda traditione ius idem in quosvis alios transferri, salva scilicet semper manente proprietate populo aut Principi. Igitur quod de hisce prædiis ait, eodem illa modo alienati

alienari, sic accipiendum est, alienari plenè & perfectè, simpliciterque traditione transferri in accipientem verum & justum dominium, idem nimirum, quod nunc quisque dominus in re sua qualibet habet, sublata rerum & dominiorum distinctione, *d. l. un. C. de nud. jur. Quir. toll. d. l. un. C. de usuc. transf.* Atq; hinc patet, constitutione Antonini, qui provincialibus omnibus jus civitatis dedit, *l. in orbe de stat. hom.* effectum non esse, ut solum provinciale ejusdem juris esset cum solo Italico. Primus enim Justinianus differentiam sustulit, voluitque eodem iure prædia omnia censeri, *d. l. un. C. de usuc. transf. & hoc text.* Obiter addo jus illud vetus provincialium possessorum non fuisse jus personale, quale est ususfructus: sed reale & proximum dominio, cujusmodi est emphyteuticum, & quod vulgò appellatur dominium utile. Nam & possessionis suas hæredibus relinquere & cuivis extraneo in iure cedere, *Ulp. d. tit. 19. §. 8. Theop hic.* & servitutem his imponere poterant, *l. 3. C. de serv.*

Sunt autem stipendiaria & tributaria & prædia, quæ in provinciis] Nemo hinc colligat, prædia omnia, quæ in provinciis erant, vectigalia fuisse. Certum enim est, multas civitates beneficio populi aut Principum jus habuisse Latij sive Italiæ, & sine eo jure colonias nonnullas provinciales & civitates immunes fuisse, *l. 1 l. pen. l. ult. de sensib. Cic. 1. in Verr. Plin. lib. 3. not. hist. c. 3. & 11.* Sed hic sensus est, prædia quæ in provinciis sunt, quæ stipendium aut tributum pendunt, stipendiaria dici & tributaria, uti possessores eorũ dicuntur stipendiarij & tributarij. Tributum, si Theophilo credimus, inferebatur Principi, stipendium populo. Hinc provinciæ Cæsaris tributariæ, populi stipendiariæ. De quo tamen
8 dubito, magisque puto verba ista dici συνωνύμως. Nam constat, Principes sensim sibi provincias omnes sepositisse, neq; diu ratam mansisse petitionem illam provinciarum, quam cum populo Augustum fecisse refert *Suet. c. 7.* Certè tempore Justiniani, ut fisci & ærarij, ita & stipendij & tributi nulla fuit differentia. In libris π'. aliquando separantur, ut in *l. 7. §. 2. de usufr. l. neque 13. de imp. in res dot. l. aufertur 46. §. qui compensationem de jur. fisc.* Sed tamen συνώνυμα esse ex auctoritate Pomponij refert Ulp. *l. si ager. 27. §. 1. de verb. sign. Stipendium*, inquit, *à Stipe appellatum est, quod per stipes, id est, modica æra, colligatur. Idem hoc etiam tributum appellari Pomponius ait. Et sanè* inquit, *appellatur à contributione tributum, vel ex eo, quod militibus tribuatur*, ita & Festus in voce *Tributum.* Varro autem *lib. 4. de ling.* sic dictum scribit, quod *tributim à singulis pro portione census exigebatur.* Neque solùm initio, ut ex Cic. Cæs. Liv. Plin. Gellio discimus, stipendium & tributum promiscuè appellata est ea pecunia, quæ populo imperabatur & colligebatur in publicum, ut ex ea miles sustentaretur: sed etiam apud posteriores, Sueton. Eutrop. Sextum Ruffum, promiscuum eorundem verborum usum reperias, ut observavit *D. Cujac. 7. obs. 3.* In eo sanè aliqua differentia est, quod plerumque stipendium, non tributum, appellamus æs, quod ex tributo militibus solvitur: unde stipendia facere &c. Petilius Cerealis apud *Tacit. lib. 4. hist. Neque quies*, inquit, *gentium sine armis, neque arma sine stipendijs, neque stipendia sine tributis haberi queunt.* Verùm hoc ad præsentem disputationem non pertinet. Illud verum esse ostendit antiquitas, quod
9 D Hotomannus hic notat, provincialium alios vectigales fuisse, alios stipendiarios sive tributarios, Vectigales, qui incertum vectigal solvebant, ut decimam partem frugum; unde Decumani dicti, & eorum ager decumanus, de quibus multa Cicero 3. *in Verr.* Stipendiarios, qui certum vectigal in pecunia vel etiam in frumento pendebant. Quod tributum seu stipendium, & teste Cicerone 5. *in Verr.* Stipendiarium dicebatur. Quanquam vectigalis appellatio latius patuit, easq; etiam pecunias comprehendit, quæ vel portorij, vel scripturæ, vel salis, aut vicesimæ nomine exigebantur, de quo in præsentia non quæritur, *l. ult. §. species 8. de publican.* consule *Sigon. 1. de jur. civ. Rom. 16. Freig. in lib. 3. Cic. in Verr. Gœd. ad l. inter publica 17. §. 1. & l. si ager. 27. de verb. sign.*

TEXTUS.

41. *Venditæ verò res & traditæ non aliter emptori acquiruntur, quàm si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato: quod quanquã cavetur lege duodecim tabularum, tamen rectè dicitur & jure gentium, id est, jure naturali, id effici. Sed si is qui vendidit, fidem emptoris sequutus fuerit, dicendum est, statim rem emptoris fieri.*

NOTÆ.

41. EXPROMISSORE AUT PIGNORE] *l. 19. l. 53. D. de cont. empt. l. 5. §. pen. D. de trib. act.* nomine expromissoris etiam fidejussor hic intelligi videtur, *d. l. 53. ut & in l. 4. §. 3. D. de re iud.*

QUANQUAM CAVETUR LEGE 12.] Non rectè ergo sic collegeris, id cautum est, jure civili, ergo non efficitur jure gentium.

COMMENTARIUS.

1. *Cur ex cæteris causis dominium traditione statim transeat, ex causa emptionis non aliter quàm si pretium solutum sit, &c.*
2. *Satisfacere & solvere, item fidejubere & expromittere, quomodo differant.*
3. *An præsumatur venditor fidem emptoris secutus ex eo quod simpliciter rem tradiderit.*
4. *Ad translationem rerum immobilium quæ jure civili Batavorum desiderentur.*

QUod hîc traditur, proprium est emptionis. Ex alia causa si quis rem suam sciens tradiderit: statim eam facit accipientis, neque amplius quicquam ad translationem dominij requirimus: in emptione verò & tertium exigitur, ut pretium solutum sit, aut necessitas ejus solvendi in præsentia remissa. Cur verò tam variè; nimirum quia in cæteris qui rem suam scientes ex justa causa tradunt, veluti ex causa donationis, dotis, legati, &c. voluntas transferendi manifesta est: in venditore non est, si nihil amplius de voluntate ejus constet: quippe qui ex communi hominum sensu hac lege & conditione potiùs rem quam vendidit & tradidit, transferre voluisse censeri debeat, si pecunia sibi soluta sit, (hanc enim spectat, & protinus sibi numerari velle videtur, qui rem vendit) quàm animum habuisse rem suam purè & simpliciter in emptorem transferendi. Constat autem, eius quod sub conditione datur aut traditur, dominium in accipientem non statim transire, *l. 8. de reb. cred.*

Vel alio modo ei satisfecerit] Traditur hoc idem *l. quod vendidi 19. de cont. empt. l. 5. §. pen. de trib. act. fact. l. ut res 53. de cont. empt.* Satisfaciendi verbum generalius est, quàm solvendi. Qui solvit, utique & satisfacit: at non omnis satisfactio solutio est. Satisfacit & qui non liberatur, veluti si quis fidejussorem vel pignora det: solutione verò obligatio tollitur. Aut, *ei satisfecerit*; nimirum venditori volenti, & fidejussorem vel pignus loco solutionis accipienti: neque enim cogitur creditor admittere satisfactionem vice solutionis *l. 6. § 1. quib. mod pign. l. 10. de pign. act.* nō magis quàm solutionem alius rei, quàm debetur, *l. 2. § 1. de reb. cred. l. 16 & seq. C. de solu.*

Expromissore] Hoc nomine etiam fidejussor hic intelligi videtur, ut in *l. 4. §. 3. de re jud.* Certum enim est, tam fidejussore, quàm expromissore dato, rem emptoris fieri, *d. l. ut res 53. de cont. empt.* Enimverò cum propriè loquuntur Jurisconsulti, fidejussorem, quem alio nomine adpromissorem vocant, *l. si vero 46. §. 4. sol. matr. l. in omnibus 43. de solut.* separant ab expromissore, ut *in d. l. 53. de cont. empt. l. qui libertinus 37. §. ult. de op. libert.* Expromissoris propriè dicitur, qui alienam obligationem novandi animo in se suscepit, *l. ult. de sen. Mac. d. l. qui libertinus 37. §. 4. de op. lib.* & simpliciter reus appellatur, *l. 7. § servus 8. de dol. mal. si vero 64. §. 4. sol. matr.* nempe quia promissor debitorem liberat, & vice ejus se solum debitorem constituit. Fidejussione autem nulla fit novatio aut primi debitoris liberatio; sed fidejussoris obligatio, ut pignus, accessio est principalis obligationis, *§. fidejussores 5. inf. de fidejuss. l. in omnibus 43. de solut.*

Quanquam cavetur lege 12. tabb.] Pleraque lege 12. tabularum cauta sunt, rationem civilem habent, formulasq́, & solemnia spectant, ut liquet ex fragmentis, quæ à viris doctis collecta in manibus studiosorum versantur: non tamen omnia. Nam quod placet rem venditā non aliter emptoris fieri, quàm si pretium venditori solutum sit, aut satis eo nomine factum, id jure & ratione naturali, ea quam dixi, efficitur: & tamen id ipsum quoq; lege duodecim tabb. cautum est. Nō rectè igitur sic collegeris; Id cautum est lege civili; ergo est juris merè positivi; aut, ergo id non efficitur jure gentium sive naturali.

Fidem emptoris secutus fuerit] Id est, fidem emptori de pretio habuerit sine ulla satisfactione, *d. l. 19. de cont. empt.* ἀπλῶς αὐτῷ ἐπίστευσε περὶ τῆ ὑλῆ ὁμολογίᾳ αὐτῆ, quod ex circumstantiis æstimandum; veluti si dies solutioni dicta sit, *l. 3. C. de pact. int. emp. & vend.* aut si, cum emptor pecuniam ad manum non haberet, venditor dixerit, I, licet: nunc non requiro; postea dabis. Planè si nulla mentio facta sit de pretio postea solvendo, ex eo solo quod venditor rem tradidit, censeri non debet fidem emptori habuisse, ut hic locus & *d. l. 19.* apertissimè ostendunt. Adeoque regula illa, quam hic ex communi opinione Schneid. tradit; *In dubio qui rem venditam simpliciter emptori tradit, sequi videtur fidem emptoris; nisi contrarium appareat:* convertenda est, & sic concipienda: *In dubio qui rem emptori tradit, non videtur sequi fidem emptoris, nisi emptor contrarium doceat.* Atque ita communiter DD. suo tempore tenuisse refert Jo. Fab. & probant Wesemb. & Bachov. Jure civili Batavorum ad translationem sive alienationem prædiorum, censuum, decimarum, aliarumque rerum immobilium non sufficit ea privatim tradita esse, licet à domino, qui plenam rerum suarum administrationem habet: sed necesse est, ut earum rerum traditio fiat publicè & coram judice eius loci, in quo sitæ sunt: privatim aut apud alium judicem facta nullius momenti habetur; exceptis bonis feudalibus; quorum traditio facienda coram domino feudi ejusve vicario & paribus curiæ. Hoc enim cum antea quibusdam duntaxat in locis ex consuetudine

suetudine observaretur, generali lege sancitum est à Carolo Quinto anno 1529. Ab Ordinibus additum, ut huiusmodi traditiones actis insinuarentur, hoc est, referrentur in literas publicas, & si ex causa venditionis aut permutationis fierent, quadragesima pretij aut justæ rei æstimationis in usum, publicum fisco penderetur, *fac. art.* 37. *Ord. pol. D. Grot. lib. 2. man. cap. 5. & ibi Groenevv.*

TEXTUS.

42. *Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem suam, aut voluntate ejus alius, cui ejus rei possessio permissa sit. Qua ratione si cui libera universorum negotiorum administratio permissa fuerit à domino, isq; ex his negotijs rem vendiderit, & tradiderit, faciet eam accipientis.*

NOTÆ.

42. UTRUM IPSE DOMINUS] Nam quod quis per alium facit, dum ei mandat, ut faciat, id ipse facere videtur, *l. 5. §. 3. adm. tut.*

CUI EIUS REI POSSESSIO] Hæc desunt apud Th. & Cajum, *l. 9. §. 4. h. t.* unde hic §. descriptus, & omissa sunt à Cujac.

LIBERA ADMINISTRATIO] Idem est, si cui simpliciter rerum omnium administratio commissa: nam & hæc administratio utique libera Vaud. 1. *quæst.* 47. Don. 4. *com.* 15.

COMMENTARIUS.

1. *Distinctio, quæ vulgò fit inter procuratorem, cui simpliciter rerum omnium administratio commissa est, procuratorem cum libera, ut loquuntur, latè improbatur.*

CUm ad dominium traditione transferendum necesse sit, ut dictum est, ut res tradatur à domino, hoc nunc ex Caso *l. 9. §. nihil autem hoc tit.* declarat Imp. atque sic esse accipiendum ait, ut nihil interesit, utrum dominus ipse per se rem alicui tradat, an alius voluntate eius: quippe quod quis per alium facit, dum ei mandat aut jubet, ut faciat, id ipsum cum facere videri, *l. 5. §. 3. de adm. tut. l. 1. §. dejecisse de vi & de vi arm.*

Cui eius rei possessio permissa est] Hotom. restituit, *cui eius rei potestas permissa est*, quod quidem sensum habet commodiorem: sed tota hæc adjectio abest à Gajo, & paraphraste Græco. Unde suspicor, glossema esse, quod in textum reptavit? ob eamque causam etiam à Cujacio hoc omissum.

Si cui libera universorum bonorum] Si nominatim alicui mandatum sit, ut rem tradat, nemo ambigit, quin si mandato perseverante id faciat, dominium eius rei transferatur in accipientem, *l. solutum* 11. *§. ult. de pign. act. l. rest tuta* 37. *in fin. ff. ad sen. Treb. l. fundi* 33. *de acq. poss.* nec ulla hic exceptio est, quoniam in speciali mandato non potest dubitari de voluntate domini. An autem & mandati generalis hæc vis sit, ut procurator, cui universorum bonorum administratio permissa est, possit rem ad administrationem suam pertinentem sine exceptione alienare, aut in alium transferre, quæri solet. DD. comm. duo genera eiusmodi procuratorum faciunt: unum eorum, quibus simpliciter rerum omnium administratio commissa est: alterum, quibus commissa est libera, nominatim sc. hoc adjecto & procuratorem cum libera (sic loquuntur) etiam jus rem alienandi habere contendunt, modò ne id fiat animo donandi: cùm autem, cui simpliciter administratio mandata est, nihil alienare posse præter fructus aut res alias, quæ facilè corrumpi possunt. Verùm hæc distinctio, ut commentitia & veteribus incognita, à *Duar. ad l. 1. §. per procuratorem* 20. *de acq. poss. Don. 4. comm.* 15. *Vaud. 1. quæst.* 47. & aliis nonnullis doctis viris rejicitur. Et verò si ex mandato æstimandum, quid cuique liceat in re aliena, dicendum omninò videtur, parem esse debere horum procuratorum potestatem, nec quod alteri non licet, id alteri in re dominica licere. Quid enim interest, simpliciter alicui bonorum universorum administratio mandata sit, an mandata adjecto verbo libera? Non magis hæc differunt, quàm hæres simpliciter institutus, & institutus ex asse. Administratio quantumvis simpliciter tradita, nihilominus libera tradita intelligitur: quippe quam liberè exercere liceat in rebus omnibus, nec minus liberè, quàm si specialiter de singulis mandatum esset, excepto si quid generali cuiusmodicunque mandato non continetur: qualia sunt, donatio, *l. 7. de donat.* manumissio, *l. servus* 13. *de manumiss.* rei dominicæ pro alio obligatio, *l. 1. §. 1. quæ res pign. dat.* liberatio pignoris aut hypothecæ, *l. 7. §. 1. quib. mod. pign. solv.* item quævis alia juris dominici remissio, *l. mandato* 60. *de procur. l. præses. C. de transact.* alienatio quoque rerum domini, quam non exigit ratio administrationis, *leg. procurator tutorum* 63. *de procur. iunct. l.* 12. *& ult. de cur fur. leg. procuratorem* 16. *Cod. de proc. lib. 1. §. 1. de off. proc. Cæs.* Hinc cui simpliciter rerum gerendarum provincia demandata est, rem domini in judicium deduci, *legi* 12. *de pact.*

quod illis tantum licet, qui domini loco habentur, *l. tutor. 22. & l. 27. de adm. tut.* potest exigere & accipere, *l. 11. de pact. l. qui hominem 34. §. 3. de solut.* creditoribus solvere, *l. quodlibet 87. eod. tit.* novare *l. 20. §. 1. de novat.* potest transigere, paciſci, juſiurandum deferre, *d. l. præſes*, C. *de transact. d. l. 12. de pact. l. juſiurandum 17. § ult. de jurejur.* modò ea faciat in re dubia & probationibus deficientibus, *arg. l. tutor. 35. d. tit. de jurejur.* Potest rem domini pignori dare, ſi mandatum accepit ab eo, qui ſub pignoribus ſolebat mutuas pecunias accipere, *l. 12. de pign. act.* potest vendere ea, quæ ſervando ſervari non poſſunt, *l. procurator. 63. de procur.* & quatenus negotiorum exigit adminiſtratio, etiam alia quædam ob magnam utilitatem alienare, *arg. l. 12. & l. ult. de cur. fur.* Non debet plus licere ei, cui libera adminiſtratio permiſſa est: ut enim maximè libera ſit, adminiſtratio tamen est, nihil amplius. Quod igitur de huiuſmodi procuratore traditur, poſſe eum aliud pro alio permutare, *l. procurator. 58. de proc.* hoc & in ſuperiore verum est: in utroque autem ſic accipiendum, ſi conditio & ratio adminiſtrationis id flagitet: eodemq; modo etiam accipi debet, quod hoc loco & apud Gajum, *d. l. 9. §. 4. eod.* relatum est, procuratorem cum libera rem ex negotiis ſibi cōmiſſis vendendo & tradendo facere accipientis. Planè potest mandatum ita concipi, ut poſt generalem clauſulam quædam etiam ſpecialiter exprimantur, quæ alioqui aut non conceſſa, aut non tam plenè conceſſa intelliguntur, ut in ſpecie, *l. creditor. 60. §. Lucius mand.* Argumentum quod ab adminiſtratione peculij ſumptum ad diſtinctionem ſuam probandam DD. afferunt, nullum est, & diſtinctio adminiſtrationis peculij in ſimplicem & liberam ex *l. 10. C. quod cum eo qui in al. pet.* ipſa quoque ſuſpecta, confer *l. ſi convenerit. 18. §. ult. de pign. act. l. ſi quis 41. §. ult. de rei vend. l. pen. 8. 3. de div. & temp. præſc. l. 13. in fin. de cond. ind. l. libera. 48. pr. & §. 1. de pecul. l. ult. de novat. l. contra. 28. §. 2. de pact. l. 8. §. an paciſci. §. de quib. mod. pign.* Atque hoc etiam Vaudus animadvertit *d. loc.* qui etiam contendit, plus licere filiofam. aut ſervo liberam peculij adminiſtrationem habentibus, in adminiſtratione rei peculiaris, quam procuratori univerſorum bonorum in rebus mandatis; propterea quod peculium est quaſi proprium patrimonium ſervi filiive familias, à ſubſtantia & rationibus domini patriſve ſeparatum atque abſtractum, *l. 5. l. peculium 29. de pecul.* quod longè diverſum ſit in procuratore. Adhæc unam eandemq; ſervi & domini, unam patris & filii perſonam videri, *l. 10. de opt. leg. l. ult. in fin. C. de impub. ſubſt. §. 4. & §. poſt mortem 12. inf. de inut.* Utcunque ſit, certè alienationem, ut donent, aut jus aliquod gratuito remittant, vi generalis mandati non habent, *l. 3 § ſi ſervum 8. de don. int. vir. & uxor. l. 1. §. 1. qua res pign. dat. l. 7. de donat. l. 3. §. 2. verſ. ſi filius fam. de ſen. mac. l. contra juris 28. §. 2. de pact.*

TEXTUS.

43. *Interdum etiam ſine traditione nuda voluntas domini ſufficit ad rem transferendam: veluti ſi rem, quam tibi aliquis commodaverit, aut locaverit, aut apud te depoſuerit, poſtea aut vendiderit tibi, aut donaverit, aut dotis nomine dederit. Quamvis enim ex ea cauſa tibi eam non tradiderit, eo tamen ipſo, quod patitur tuam eſſe, ſtatim tibi acquiritur proprietas, perinde ac ſi eo nomine tibi tradita fuiſſet.*

NOTÆ.

43. INTERDUM ETIAM] Ex Cajo *leg. 9. §. 5. h. t.*

NUDA VOLUNTAS] Non quæ præter conſenſum nihil habet: ſed nuda à vera & naturali traditione, quæ cauſam transferendi ſequitur. Nam quæ nuda est ab omni non tantum reali, ſed etiam ficta & ſymbolica traditione, dominium transferre non potest.

COMMODAVERIT, LOCAVERIT] Nec videberis cauſam poſſeſſionis tibi mutare; quia ne poſſidebas quidem, *l. 3. §. 20. D. de acq poſſ.*

PERINDE AC SI EO NOMINE] Fictione ſcil. brevis manus, ut unà actio hic occultetur, *l. 3. §. pen. D. de don. int. vir. & ux.* Fingitur res ex priore cauſa reſtituta, & ex poſteriore denuò tradita.

COMMENTARIUS.

DIctum est in explicatione §. *per traditionem ſup. eod.* dominia rerum transferri non nudis pactis; ſed traditione. Nihil autem intereſſe, an verè traditio fiat & naturaliter, an fictè & per repræſentationem. Fictæ traditionis uſus in rebus incorporalibus neceſſarius est; utpote quæ natura traditionem non recipiunt, *l. ſervus 43. §. 1. hoc tit.* pro traditione autem in his: est utendi conceſſio, *l. ult. de ſerv. l. 3. de uſufr.* In aliis rebus propter commoditatem recepta, quo expeditior eſſet ratio commerciorum: & in his rebus fingitur traditio intervenire, ſi ea vel nota ſive ſymbolo aut alia re quapiam repræſentetur, vel res geratur brevi manu. De ea, quæ ſymbolo fit, dicetur §. proximo. Fictione brevis manus traditio fit,

fit, cùm vel rem meam, quæ apud te sit ex alia causa, tibi vendo aut dono: ad quam speciem pertinent exempla hoc §. proposita ex Gajo *l. 9. §. interdum eod.* vel cùm eum, qui mihi dare volebat, aut debebat, jussero tibi dare, *l. 3. §. pen. & ult. de don. int. vir. & ux.*

Nuda voluntas] Non quæ planè & per se nuda sit, aut præter consensum nihil habeat, quemadmodum, cùm dicimus, ex pacto nudo actionem non nasci, nudum intelligimus, quod simpliciter nudum est, hoc est, tale, quod præter conventionem nihil causæ habeat ad obligandum eum, qui pactus est, *l. 7. §. 4. de pact. l. 10. C. eod.* Nam cùm ne actio quidem ex hoc genere pacti competat ad dominium adipiscendum, plusquam manifestum est, dominium ex eo transferri non posse. Non etiam quæ nuda sit ab omni traditione: quomodo nuda pacta accepimus, cùm traditionibus in genere opponuntur, *l. traditionibus C. de pact.* & pignus nuda conventione contrahi dicitur, qua convenit ut res pignori sit sine ulla traditione, *l. 1. de ping. act.* Sed nuda ex comparatione ejus rei, cui hoc loco opponitur, id est, nuda à vera & naturali traditione, quæ causam transferendi sequatur. Nam si nuda sit ab omni non tantum reali, sed etiam ficta & symbolica traditione, sola voluntas dominium transferre non potest. Eodem sensu quarundam rerum possessio animo apprehendi dicitur, *l. antep. de acq. poss.* nimirum oppositivè ad actualem & naturalem apprehensionem.

Commodaverit, locaverit, aut apud te deposuerit] Vel etiam pignori tibi dederit, *l. 9. §. de publ. in rem act.* Nec videberis causam possessionis tibi mutare, qui ne possidebas quidem, *l. 3. §. sed si. 20. de acq. poss.* Sed & si rem meam possideas, & eam tibi vendam, aut tibi habere jubeam, fiet tua quamvis possessio apud me non fuerit, *l. si servus 21. §. 1. hoc tit. l. 10. de donat. l. si rem 62. de evict.* Ad hoc genus fictæ traditionis etiam pertinet species, *l. 3. § pen. & ult. de don. int. vir. & ux.* si id quod alius mihi dare volebat, jusserim Titio dari: quamvis fictio nonnihil dissimilis, & inter tres personas.

Perinde ac si eo nomine tibi tradita esset] Apparet, hic actum aliquem adsciscì sive fingi, qui pro traditione sit; cùm causam transferendi nulla sequatur traditio secundùm ordinem naturæ: & ideo in proposito dicitur res pro tradita haberi, *d. l. si rem de evict. & hoc §.* dominium transferri nuda voluntate. Fictio sive cogitatio talis est: creditur res tibi commodata aut apud te deposita, domino, qui eam postea tibi vendidit aut donavit, restituta, atque ab eo mox ex ea causa tibi tradita. Quod à Consultis ideo excogitatum est, quia hoc modo celerius & sine inutili circuitu ad finem propositum perveniatur, *d. l. 3. §. pen. de don. int. vir. & ux.* Unde in simili, si debitorem meum jusserim tibi dare, fingitur brevi manu acceptum à me, & tibi datum; ut unà actio hic occultetur, *d. l. 3. §. pen. & ult. l. licet 43. §. 1. de jur. dot.* Eadem fictio intervenit & iis, quæ singulariter circa pecuniam creditam recepta esse scribit Ulp. *l. singularia 15. de reb. cred.* sive res geratur inter tres personas, veluti si Titium pecuniam, quam mihi debebat, jusserim Sejo mutuo dare: sive inter duas, putà si convenerit, ut pecuniam, quam tu mihi ex mandati causa debes crediti nomine retineas. In utraque enim hac specie fingitur mihi data pecunia, & à me ad te aut ad Sejum profecta: quanquam Africanus stricti iuris retinentior fictionem istam nō videatur admittere in specie posteriore, *vid. l. qui negotia 34. mand.* ciusque interpretem Cujac. 8. *ad African.* Sunt tamen qui putant, absentiam debitoris impedire fictionem brevis manus, quasi factum fingi non possit iure, nisi & per rerum naturam fieri potuerit, *per l. falsus 43. § 2. de furt.* & ideo Ulpiani sententiam admittendam censent, si debitor præsens sit & paratus pecuniam numerare: Africani, in debitore absente, aut qui pecuniam ad manum non habeat: quippe diserte Africanum loqui de eo, qui epistolam misit ad creditorem, ac proinde de eo, qui absit. *D. Don. in d. l. singularia de reb. cred. n. 22. & seqq.* Utut sit, hoc iure nō utimur, ut absentia huiusmodi fictiones non impediat. Plura diximus *lib. 1. select. qu. c. 40.*

TEXTUS.

44. *Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.*

NOTÆ.

44. CLAVES HORREI] Species fictæ traditionis, quæ symbolo veram repræsentat, ex *leg. 9. §. 6. h. t. l. 77. D. de contr. empt.* Aliæ occurrunt in *l. 1. C. de don. 14. §. 1. D. de per. & com. rei vend. l. pen. D. de acq. poss.*

TRADIDERIT EMPTORI] Apud horreum, *d. l. 77.* in re præsenti, *l. 1. §. pen. D. de acq poss.*

COMMENTARIUS.

HOc §. agitur de eo genere fictæ traditionis, quæ nota aliqua aut symbolo veram repræsentat; cuius una species proponitur, si mercibus certo

certo loco conclusis, quas dominus mihi traditas velit, claves eius loci mihi tradantur, *ex d.l. qua ratione §. item si hoc tit.* Sunt autem huius generis & aliæ species, veluti traditio instrumenti, quo traditio res ipsa, de qua alienanda in eo agitur, tradita & translata intelligitur, *l.1. C. de donat.* Trabium & tignorum obsignatio pro eorum traditione valet, *l. quod si 14. §. 1. de pec. & comm. rei vend.* Item custodis appositio, si res non facile loco moveri possint propter magnitudinem ponderis, *l. pen. de acq poss.* Potest & sine nota actus aliquis traditionem repræsentare: nam si in re præsenti & aperta dominus eam se mihi tradere dicat, ego sim hoc animo ut velim possidere hic placuit me possessione nanciscì oculis & affectu, perindeque hoc haberi, ac si pedem finibus intulissem, corpore ac manu rem apprehendissem, *l. 1. § pen. l. quod meo 18. §. 2. de acq. poss.*

Simul atque claves horrei rei tradiderit] Clavibus horrei aut cellæ traditis, etsi merces inclusæ, frumentum, vinum, oculis & sensibus non subjiciantur, earum tamen rerum possessio & dominium nobis acquiritur, haud secus ac si res ipsæ conditæ nobis traditæ essent, *d.l. qua ratione §. item si d.l. 1. § pen. l. clavibus 77. de contr. empt.* Cæterum hoc ita, si claves traditæ sint apud ipsum locum: in quo res conditæ sunt, *d.l. clavibus.* Nam & symbolica traditio talis esse debet, ut per eam res potestati nostræ statim subjiciatur: quod non sit, si alibi claves tradantur: & ideo rectè hoc expressit Theoph. ἐὰν παρεστὰς τῷ ἀρέῳ.

TEXTUS.

45. *Hoc amplius, interdum & in incertam personam collata voluntas domini transfert rei proprietatem: ut ecce, prætores & consules cum missilia jactant in vulgus, ignorant quid eorum quisque sit excepturus: & tamen quia volunt, quod quisque acceperit, ejus esse, statim eum dominum efficiunt.*

NOTÆ.

45. MISSILIA] Munera, quæ in vulgus jactantur, *sparsiones* Senecæ 2. *nat. quæst* ex Cajo *l. 9. §. pen. h. t.* v. Suet. *in Aug. c. 98. Calig. 18. Ner. 11. l. 2. C. de cons. l. 12. Nov. 105. c. 2. §. 1. Nov. Leon. 94. l. 5 §. 1. pro derel.*

COMMENTARIUS.

ET si regulariter in translatione dominii non minus persona accipientis, quàm tradentis certa esse debet, ut affectus ab utraque parte contrahentium concurrat, *l. in omnibus 55. de obl. & act.* evenit tamen interdum, ut dominium per traditionem transeat in personam accipientis incertam, veluti cum missilia jactantur aut sparguntur in vulgus, quod exemplum hoc loco proponitur, *& l. 9. §. pen. eod.* etenim qui pecunias suas ita spargit aut projicit, in nullius certæ personæ destinationem fertur, & planè ignorat, quis quid earum rerum sit accepturus. Utique tamen quia palam est, velle eum, quod quisque ex sparso apprehenderit, id sibi habere, æquissimum est & naturali rationi consentaneum, tatam haberi domini voluntatem, arg. *§. per traditionem sup. eod.* Poterat videri, quod ita sparsum est, pro derelicto habitum, & ideo apprehendenti cedere jure occupationis rerum nullius: sed magis est, ut ex voluntate domini traditum sibi accepisse dicamus, cùm in eum finem pecunia sparsa sit, ut statim apprehenderetur, & quantum apprehensum esset, fieret apprehendentis; quo animo non est is, qui rem pro derelicto habet.

Prætores & consules.] Desunt hæc apud Gajum: & vix est ut reperias, magistratus populi Romani consules aut prætores missilia sparsisse, Principes, id factitasse legimus apud Sueton. *in August. c. 98. in Caligul. c. 18. in Neron. c. 11.* Ut consules sparserint, è Græcorum consuetudine fluxisse videtur: quam Marcianus non sine causa sustulit, *l. 2. C. de consul. & non sparg. pec. lib. 12.* revocavit ad certum modum Justinian. *Nov. 105. c. 2. §. 1.* qua constitutione permittitur volentibus consulibus missilia spargere & muneribus honorare populum, dum ne id sæpius faciant, quàm septies in anno, & in septem processionibus: nec aurum populo spargant, quod soli datur imperio. Hæc constitutio iterum abrogatur à Leone, usuque missilium consulibus in totum interdicitur, *Nov. Leon. 94.*

TEXTUS.

46. *Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto à domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id in numero rerum suarum esse nolit: ideoque statim dominus ejus esse desinit.*

NOTÆ.

46. EA MENTE ABIECERIT] Aut deseruerit, nuda autem voluntate sine facto dominium non

non amittitur. in quo differt dominium à possessione, *l.17.§.1.De acq poss.*

STATIM DOMINUS ESSE DESINIT] Etiam antequam res ab alio occupata sit, *l.1.l.2.§.1.pro derel.* & alioqui occupantis non fieret, & qui sciens eam contrectaret, furtum commiteret; quod est absurdum, *l.43.§.5.D.de furt.*

COMMENTARIUS.

1. *Quæ requirantur, ut res pro derelicto habita censeatur.*
2. *Pro derelicto habita statim nostra esse desinere; alterius autem non fieri, nisi possessio eorum apprehensa fuerit.*

RES pro derelicto habita statim nostra esse desinit & nullius fit, ideoque secundùm jus de rebus nullius occupanti conceditur. Pertinet igitur hic modus acquirendi ad inventionem, ut suprà quoque monuimus §. *item lapilli eod.* Ad traditionẽ referri non potest, ut species superior: quia qui rem pro derelicto habet, quamvis intelligatur voluisse eam ejus fieri, qui primus eam sustulerit aut occupaverit, *l.5.§.1.pro derel.* non tamen ea mente eam abjicit aut deserit, non laborat ut alius eam accipiat, quod facit is, qui pecuniam spargit. Sparsio species donationis est, & liberalitas, qua, qui spargit, populum demereri studet: abiectione autem aut desertione hoc saltem agitur, ut ne res ampliùs in bonis sit.

1 *Quòd dominus eo mente abjecerit*] Duo exigit hæc definitio, ut res pro derelicto habita censeatur: primum ut quis rem suam ampliùs suam esse nolit; tũ ut quam non vult ampliùs suam esse, eam abjiciat aut deserat: alterutrum si desit, dominium non amittitur. Fac ergo, rem à domino abjici aut deseri, non ea tamen mente, ut eam à se amoveat, ut ampliùs suam esse nolit: nihil hic amittitur, §. *seq.* Fac è converso, nolle ampliùs suam esse, nisi eam abjiciat, aut si immobilis est, ab ea discedat hoc animo, ut eam ampliùs habere nolit; dominus esse non desinit; in quo dominium differt à possessione, quæ solo animo amittitur, *l.si quis 17.§.1.de acq. poss.*

Ideoq; statim dominus esse desinit] Res pro derelicto habita statim ut abiecta aut deserta est, nostra esse desinit: quia iisdem modis res desinunt esse nostræ, quibus nostræ fiunt, *l.1.pro derel.* Unde rectè à Juliano notatur Proculus, qui putabat dominiũ rei pro derelicto habitæ tunc demum à nobis abire, cùm ab alio occupata esset, *l.2.§.1.d.tit.* sic enim fieret, ut si quis eam rem furandi animo abstulisset furtum commisisse intelligeretur: quod est absurdum, *l.falsus 43.§.5 de furt.* Quod si dominus non sit, à quo res derelicta est, non fit statim occupantis; sed poterit, qui occupavit, eam usucapere, *l.4. pro derel.* Illud constat, pro derelicto habita, ut cætera, quæ nullius sunt, non acquiri ei, qui primus ea videre cœpit & notare oculis, sed qui primus possessionem eorum nactus sit. Sic Acanthos insula deserta adjudicata fuit Chalcidensibus, qui priores intraverant; non Andriis, qui priores jaculum immiserant, *Plutarch. qu. Græc. 29.* quoniam possessionis initium, est corporis ad corpus adjunctio: qualis circa res mobiles maximè fit manibus: circa res soli, pedibus. *D.Grot.mar.lib.c.2.* Sunt qui pro derelicto habita fisco nunc adscribenda tradunt *D. Cyprian. Regn. cens. Belg. hic post Zypæ. notit. jur. Belg. tit. de jur. fisc.* quibus non assentior, per ea, quæ nos *ad §.39.sup.eod. & Groenevv. de ll. abrog. ibid.*

TEXTUS.

47. *Alia sanè causa est earum rerum, quæ in tempestate levandæ navis causa ejiciuntur: hæ enim dominorum permanent: quia palàm est, eas non eo animo ejici, quòd quis eas habere nolit, sed quò magis cum ipsa navi maris periculum effugiat. Qua de causa si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus, lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longè videntur discedere ab his, quæ de rheda currente non intelligentibus dominis cadunt.*

NOTÆ.

47. FURTUM COMMITTIT] Huius loci interpretem habes Ulp. *d.l.43.§.pen & §.4 cum aliquot seqq D. de furt.* & benè hoc intellexit Dæmones in Rudente Plautina, qui vidulum à servo suo in mari inventum alienũ esse judicat, non suum, *act.4.scen.2*

DE RHEDA CURRENTE CADUNT] Aut iter facientibus excidunt in via: quæ certum est dominorum permanere.

COMMENTARIUS.

1. *Quæ levandæ navis gratia ejiciuntur, non eo animo abijci videri, quod quis ea habere nolit.*
2. *Eum qui alienum quod in via iacens lucri faciendi causa tollit, furti obstringi, licet ignoret cujus sit.*
3. *Quid si nemo rem inventam post proclamationem repetat.*
4. *An præmium indicij honestè peti possit.*
5. *Quid circa res ejectas aut naufragio perditas hodiernis moribus obtineat.*

EX iis, quæ præcedenti §. dicta sunt, intelligi potuit, pro derelicto habendum non esse, quod dominus non ideò abjecit, quia ampliùs suum esse non vult, sed alia mente, ac proinde id eius, qui abjecit, manere, nec fieri apprehendentis. In hoc §. declaratur exemplo rerum in tempestate levandæ navis causa ejectarum.

Non eo animo ejici, quòd quis eas habere nolit] Qui oborta tempestate levandæ navis gratia res aliquas projiciunt, non hanc mentem habent, ut eas pro derelicto habeant: quippe si invenerit, ablaturos, & si suspicati fuerint, in quem locum ejectæ sunt, requisituros: sed ut levata nave maris periculum effugiant. Perinde igitur hoc est ac si quis onere pressus in viam rem abjecerit, mox cum aliis reversurus, ut eam auferat, *l. 8. ad leg. Rhod.* quā ob causam res ita jactas dominorum permanere rectè hîc concludit Iustinianus cum Gaio in *l. 7. § ult. hoc tit.* & Paulo *l. 2. in fin. ad leg. Rhod. fac. l. si quis merces pro derel. l. interdum 25. § 1. de acq poss. l. quæcunque 18 hoc tit.* Cum his tamen Ulpianum committit Hotomannus, existimans, eum à cæteris omnibus dissensisse, ac putasse, jactum fieri animo derelinquendi, aut saltem credendum esse, plerumque eo animo fieri, & quasi periturum sit; quod jactatur: sic enim scribit in *l. falsus creditor. 43. § pen. de furt.* Respondet Wesembecius, Ulpianum eo loco de jactu spontaneo loqui, de eo videlicet, qui simpliciter nec urgente ulla necessitate res aliquas in mare projicit; hunc in hac actione merè voluntaria credibile esse pro derelicto velle habere id quod videtur ut periturum jactare. Quam responsionem, licet eam ut ineptam explodat Bachovius, locus ipse non parum juvat, nam ex fine *d. § pen.* manifestum est, Ulpianum distinxisse inter id, quod simpliciter & non simpliciter jactatum sit.

Cùm ipsa navi maris periculum effugiat] Mercator nunquam mercium suarum jacturam faceret, nisi speraret maius se malum hoc pacto declinaturum, mortem nimirum. Facit igitur hoc ἑκὼν ἀέκοντί γε ἔοικώς, ut hæc actio mixta sit ex spontaneo & invito. Invita est, si causam spectes, quæ extrinsecus impellit, ut iactura fiat: spontanea, si causam proximam & principium internum, consilium mortis evitandæ. Quin etiam plus voluntarij quàm inviti huiusmodi actiones habent: nisi enim voluntate consentiente fierent, in exequendo ministerium non præberent membra corporis. Consule *Arist. 3. eth. 1.*

Lucrandi animo] Secùs est, si hoc animo, ut rem salvam faceret & restitueret domino, aut si, putans simpliciter sive spontè jactatam próve derelicto habitam, *d. l. falsus creditor. § pen. & § sed si 6. de furt.* Penè hoc intellexit Dæmones in Rudente Plautina, qui vidulum à servo suo in mari repertum alienum esse judicat, non suum, *act. 4. scen. 2.*

Quæ de rheda currente cadunt] Comparantur res in tempestate ejectæ cum his, quæ iter facientibus decidunt de curru, aut quæ imprudentibus excidunt in via, quas certum est dominorum permanere, eumque qui alienum quid jacens in via lucri faciendi causa tollit, furti obstringi: in tantum ut nihil interfit, sciverit, an ignoraverit, cuius essent: nihil enim ad furtum minuendum facit, quòd cujus sit, ignoret, *d. l. falsus, § qui alienum*, quippe cùm omnes scire debeant, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere, *l. ult. C. unde vi.* At si non ut lucretur, sustulit, sed redditurus ei, cujus id esse posteà apparuerit, furti non tenetur. Proinde si nescit, cujus sit, rectè probeque faciet, si libellum proponat, continentem, invenisse se, & redditurum ei, qui suum id esse demonstraverit, hoc enim facto palam ostendet se non tulisse eam rem animo furandi, *d. l. falsus § sed si 7. & seq.* Quid ergo si post huiusmodi libellum propositum, aut (sicubi consuetudo) post insinuationem præconis voce factā, nemo se offerat, qui rem inventam ut suam repetat? Poterit inventor, si pauper est, eam sibi ceu munere Dei collatam retinere: sin dives est, benè & piè fecerit, si in usus & alimoniam pauperum eam convertat, ita *Bart. ad d. l. falsus § qui alienum Fab. Cantiunc. Schneid. hic.* Qui hoc obiter etiam tractant, an his, qui rem alienam invenit & indicavit; si nihil impensæ eius gratia fecit, præmium indicij honestè petere possit: & aiunt, non posse, quamvis ultrò oblatum honestè accipiatur: quod etiam satis apertè significat Ulp. *d. l. falsus § quid ergo 9.* ubi pro eo, quod in vulgatis editionibus omnibus atque in ipso etiam Pisano codice legitur; *Quid ergo, si δὸς στέφος, quæ dicunt, petat*, &c. Budæus ex vestigiis exilibus antiqui exemplaris, ut ipse ait, restituit. *Quid ergo, si ea quæ dicunt Græci μίσθωσιν petat*, sed nulla necessitate; nam δῶρον, non minus Græcum est, quàm μίσθωσιν, atque ut hoc præmium indicinæ, ita illud præmium inventionis significat. Illud non ambigitur, posse, si res nondum reperta est, eius perquirendæ nomine & peti honestè indicium & accipi, *fac. l. 4. § si tibi de cond. ob turp. ca.* Hæc eadem in causa sunt etiam bona naufragorū; & peculiaris etiam pœna in eos, qui quid eorum in littus expulsum surripuerunt, nova lege constituta est publicatio omnium bonorum, *auth. navigia, C. de furt.* quæ desumpta est ex constitutionibus Frederici Secundi *de statutis & consuetudinib. contra ecclesiæ libertatem editis tollendis coll. 10.* De rebus in tempestate ejectis aut naufragio perditis, inque littore inventis aut extractis

tractis è mari, idem in hac regione antiquitus jus fuit, quod nunc Principum ferè omnium maris accolarum commune est, fisco statim ut vindicarentur: adeoque ipsa etiam fragmenta & tabulas quassatarum scopulisque illisarum navium. Cæterum aucta navigatione inque dies magis magisque increscente, visum est placitumque Ordinibus huius provinciæ, ut suas cuique res ruptas deperditasque repetere liceat; modò id faciat intra annum & sex septimanas, impensæque refundantur, quæ fortè factæ sunt ab harum rerum susceptoribus. Hoc tempore elapso publicantur, & fisco acquisitæ esse intelliguntur, *placit. Van de zee-driften, Phil. 2.* qui tamen facilè patitur eas redimi, *Grot. 2. manuduct. 4.* Graviter in præcipitem illam publicationem rerum ad littus eiectarum *lib. 1. de repub. cap. 10.* invehitur Bodinus: *Barbarum id quidem*, inquit, *& antiquis inusitatum, ut, cuius opes ac fortuna naufragio miserè perierint, & quem nostris opibus sublevare debeamus, eius reliquias, quas ad littus eiectas bona fide restitui oportebat, turpe diripi patiamur. Sic tamen*, inquit, *vivitur, ut, qui portus habent, eam crudelitatem in cives tum in peregrinos exequantur. Ius quæris? Error ius facit: at si non peccatur errore, sed scientia, scelus est, quod erroris specie prætenditur.* Mera sanè iniuria est, nulla probabili causa præcedente suum alicui auferre: atque ob id antiquis semper religiosum fuit bona naufragorum fisco addicere. Extat constitutio Constantini in *C. Iustin. tit. de naufrag. lib. 11.* in hæc verba; *Si quando naufragio navis expulsa fuerit ad littus, vel si quando aliquam terram attigerit, ad dominos pertineat; fiscus meus sese non interponat. Quod enim eius habet fiscus in aliena calamitate, ut de re tam luctuosa compendium sectetur?* Benè Euripides *in Helena*;

Ναυαγος ἥκω ζένος, ἀσύλητον γένος.

Dion Prusæensis *orat 7.* de naufragio locutus: Μὴ γὰρ εἴη ποτὲ, ὦ Ζεῦ, λαβεῖν μηδὲ κερδάναι κέρεος τοιοῦτον ἀπὸ ἀνθρώτων δυστυχίας. Potest etiam huc accommodari locus Cassiodori, *lib. 4. var. 7.* ubi sic scribit; *Crudelitatis genus est, ultra naufragium velle desævire, & illos ad dispendia cogere, quibus inopem vitam probantur immania elementa dedisse. add. auth. navigia. C. de furt. Gail. 1. obs. 18. Gudelin. lib. 5. de iur. nov. cap. 10. Christin. vol. 5. decis. 64. Grot. de iur bell. & pac. lib. 2. c. 7 in pr. Groenevv. de legib. abrog. ad l. 1. C. de naufrag. & ibi alleg. Mornac. ad l. 2. in fin. l. 4. § 1. l. 9 & ibid. not. nostras ad Pet. Peck. de leg. Rhod.* Doctiss. Salmasius *cap. 5. de mod. usur.* putat, non Constantinum, sed Antoninum auctorem esse memoratæ constitutionis sub *tit. C. iust. de naufrag.* id stylum ostendere, & veteres libros testari: nec relatam esse sub eod. tit. in Cod. Theodosianum, quod & D. Contius antea observavit, Ea autem constitutione Antoninum abrogasse legem Rhodiam, qua parte naufragia fisci esse, & ad publicanos pertinere sanxerat, τὰ ναυάγια τῶν τελωκῶν εἶναι, atque esse hanc constitutionem posteriorem rescripto eiusdem Antonini, quod extat *in l. ἀξίωσις, de leg. Rhod.* quo naufragos ad legem Rhodiam remisit. Ostendit etiam, rescriptum istud multis modis corruptum esse; & in d. constitutione pro, *vel si quando reliquam terram attigerint*, ut omnes libri scripti habent, legendum, *vel si quando reliqua terram attigerint.* Nec dubium, quin *in d. l. ἀξίωσις 9. de leg. Rhod. pro* ὑπὸ τῶν δημοσίων, ex eiusdem Salmasii sententia, quam & Grotius probat, reponendum sit, ὑπὸ τῶν δημοσιόνων, id est, τιλωνῶν, à publicanis.

TITULUS II.

De rebus corporalibus & incorporalibus.

Continuatio.

QUæ de acquirendo iure gẽtium dominio dicta sunt titulo præcedenti, ea pertinent duntaxat ad acquisitionem rerum corporalium. Sunt autem & res quædam incorporales, quæ & ipsæ in patrimonio sunt & suis quoque modis, prout earum fert natura, tum iure gentium tum civili singulis acquiruntur. Non est igitur principalis divisio, quæ hoc titulo proponitur: sed subdivisio quædam rerum privatarum, sive earum, quæ in bonis aut patrimonio sunt. Gaius hanc principali continenter subiecit, *l. 1. §. 1. de rer. div.* unde huc transtulit Iustinianus.

TEXTUS.

Quædam præterea res corporales sunt quædam incorporales. Corporales hæ sunt; quæ sui natura tangi possunt; veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, & denique aliæ res innumerabiles. Incorporales autem sunt, quæ tangi non possunt: qualia sunt ea quæ in jure consistunt, sicut hæreditas, ususfructus, usus, & obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet, quod in hæreditate res corporales continentur, nam & fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt: & id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corpo-

rule est, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum jus hæreditatis, & ipsum jus utendi fruendi, & ipsum jus obligationis incorporale est. Eodem numero sunt & jura prædiorum urbanorum & rusticorum, quæ etiam servitutes vocantur.

NOTÆ.

QUÆDAM PRÆTEREA] Totus hic titulus descriptus est ex Caio *l.* 1. §. 1. *D. de rer. div.*

QUÆ IN IURE CONSISTUNT] Ita dicuntur, non quia revera & natura non sint, aut extra considerationem juris non subsistant, ut malè quidam; sed quoniam à jure certam ac definitam formam acceperunt. Utique hæreditas, ususfructus, &c. non sunt ideæ Platonicæ, etsi ἀψηλαφήτως ἢ ἀμεταχείριτα.

PECUNIA] Hic apertè pecunia inter res corporales numeratur, ut & apud Cajum *d. l.* 1. & nihil notius est, quàm nummos æquè ac cætera corpora vindicare posse, *l.* 14. *de reb. cred.* §. *ult. inf. quib. al. lic.* opponuntur interdum corpori, *l.* 46. *D. de cond. ind. l.* 5. *pr. de imp. in rem. dot. l. ult. de adim. leg.* at tunc non omne corpus simpliciter, sed certum intelligi debet, *l.* 68. *D. ad sen. Treb. l.* 10. *D. de accept.* & in quo præter corpus nihil consideratur.

IPSUM IUS HÆREDITATIS] Cajus *ipsum ius successionis* à quo & hæreditas definitur successio in universum jus, quod defunctus habuit, *l.* 24. *de verb. sign.* sed hæc impropriè: nam succedere non hæreditatis est, sed hæredis. Hæreditas autem est res acquisitioni subjecta, & quæ hæredi per successionem acquiritur. Ius verò dicitur, quia universitatem denotat, patrimonium defuncti cum oneribus; non res singulas seorsum, *l.* 119. *l.* 208. *d. t.* Hæc plana præijs, quæ alij.

IURA PRÆDIORUM] Servitutes prædiorum etiamsi corporibus accedant, incorporales tamen sunt: quippe jus prædij non pars prædij est, sed qualitas, *l.* 14. *D. de serv. l.* 4. *si serv. vind. l.* 86. *de verb. sign.*

COMMENTARIUS.

1 *Inter res corporales etiam nummos rectè numerari.*
2 *Ea quæ in iure consistere dicuntur, non esse mera entia rationis.*
3 *Quo sensu hæreditas, ususfructus, obligatio, iura dicantur: & rebus ipsis opponantur.*
4 *Hæreditatem propriè neque successionem esse, neque ius succedendi, neque rem, quæ succedit, sed ius, quod per successionem acquiritur.*
5 *Iura prædiorum quo adspectu servitutes dicantur.*

SVI natura tangi possunt] Hoc est, quæ sub tactum cadunt, quas si præsentes sint, corpore & manu apprehendere, cæterisque sensibus percipere possumus. Ait autem, hujusmodi res esse fundum, hominem, &c. fundum, putà Tusculanum; hominem, Stichum: res, nimirum singulares & substantias primas. Nam secundæ substantiæ sive universalia à sensibus remota sunt, *Arist.* 1. *analyt. c.* 31. Utrùm autem universalia sint merum opus intellectus & figmenta phantasiæ, an quid realem essentiam habens & revera subsistens in rebus singulis, philosophorum disputatio est.

Aurum, argentum] Non tantùm rude, sed etiam signatum, nummi aurei aut argentei, licet contra disputet D. Horom. *illust. qu.* 15. Nam oppositum est in appositio, sive contradictio in adjecto, si quis dicat argentum signatū corpus non esse. Spectatur quidem in pecunia maximè valor publicus, *l.* 1. *de contr. empt.* & respectu hujus valoris nummus nonnunquā opponitur iis rebus, in quibus præter corpus nihil consideratur, ut in *l. qui hæredes* 46. *de cond. ind.* Cæterum qui nummos & pecuniam negant aliud esse aut significare, quàm valorē & quantitatem ipsius, illi vehementer falluntur: utique enim & materialiter pecunia cōsiderari potest, cùm materia pecuniæ, argentum, aurū, fundamentū sit valoris: de quo bellè & doctè Salmas. *lib. de usur. p.* 455. Et corpore etiam in pecunia cogitari posse, non quantitatem duntaxat, testis est Papin. *l. si is* 94. §. 1. *de solut.* Quin Iustin. hoc ipso tit. & Cajus, *l.* 1. §. 1. *de rer. div.* expressè pecuniam inter res corporales numerant. Denique quid notius est, quàm nummos æquè ac cætera corpora vendicari posse? Nihil me movet, quod apud Pompon. *l. sipœna* 19. §. 2. *de cond. ind.* legitur; Si falsò existimans me debere nummos solvere, qui partim alieni, partim mei fuerint, ejus summæ partē dimidiam, non corporum, me condicere: nam & si frumentum meum cum alieno commixtum, cui non debebam, per errorem solvissem, responderet Iurisconsultus, non dimidiam partem corporū, sed quantitatis condicendum: neque tamen ex eo quisquam colligeret, frumentum rem esse incorporalem: sed habet hoc hanc rationem, quia confusim corpora mea & aliena solvi, non ut certas species, sed existimans me debere certam quantitatem. Quid quod eo ipso quod ait me non condicere partem corporum, fatetur corpora esse. Nihil etiam quod Ulpian. *leg.* 5. *in pr. de imp. in res dot.* scribit, diminutionem dotis per impensas necessarias fieri ipso jure, ubi non sunt corpora, sed pecunia: neque enim corpora pecuniæ opponit, ut non corpori: sed eadem ratione, qua eodem loco corpo-

ra

ra opponit corpori æstimatio, quod utique nemo dixerit rem esse incorporalem; & nimirum, ut res, quæ in specie restituendæ sunt, ijs rebus opponuntur, quæ in genere functionem recipiunt. Constat enim, pecuniam esse rem fungibilem, cujusmodi res eodem jure ac obligatione in dotem dantur, qualis est in mutuo, ut scilicet soluto quandoque matrimonio, maritus non eodem corpora, quæ accepit, reddat, sed tantundem, *l. res in dotem* 42. *de iur. dot.* Idem respondendum ad *l. ult. de adim. leg.* Alibi cautius summa aut numerata pecunia non simpliciter corpori, sed certo corpori opponitur, *l. si hæres* 68. *pr. ad sen. Treb. l.* 10. *de accept.*

Qualia sunt, quæ in iure consistunt] Res omnes, quæ tangi aut demonstrari non possunt, sed animo tantùm cerni atque intelligi, incorporales quidem sunt: verùm non omnium earum rerum consideratio Iurisconsulti propria est. Nam & Angeli, & spiritus, & animæ res sunt incorporeæ. Illa quoque quæ à Cicerone in *Topic.* enumerantur, usucapio, tutela, gens, agnatio, quamvis harum rerum tractatio ad Iurisconsultum pertinet, non sunt tamen hujus loci, in quo de ijs rebus agitur, quæ acquiri possunt, & patrimonium nostrum augent. Usucapio autem non est res, quæ acquiritur, sed causa & modus acquirendi; uti & gens & agnatio: gente
2 enim & agnatione hæreditas obvenit. Tutela onus est & minus publicum. Quid est ergo, quod ait, *quæ in jure consistunt? Ius est*, inquit Wesemb. *intellectus seu recta ratio. Quæ igitur in jure consistunt, ut alia omnia, quæ sunt rationis, ea tantum intelliguntur*, inquit, *non sunt*. Ita loquitur Wesemb. quasi existimet ea, quæ in jure consistere dicuntur, esse mera entia rationis & intentionalia duntaxat: quomodo & D. Tuningius, qui eà dicit esse notiones & intelligentias; quas Platonici *Ideas* vocant: neque aliud judicium Donelli fuit *lib. 5. com.* 1. Sed quæso quid tam absurdum est, quàm dicere, hæreditatem, bonorum possessionem, usumfructum, servitutes prædiorũ, pignus, obligationes, actiones, figmenta esse intellectus, natura nihil esse: Amabo te, si tibi luculenta hæreditas relicta sit, aut opulenti patrimonij ususfructus somniumne esse putabis phantasiæ aut ideam Platonicam? quanquam sunt ἀψηλαφητα ϗ ἀμεταχείρισα. Sic autem habendum est, res hujusmodi in jure consistere dici & his corpora opponi, non quia revera & natura non sint, aut extra considerationem juris non subsistant, sed quia à jure quodammodo existentiam suam, hoc est, certam ac definitam formam acceperunt, quippe jus civile harum rerum naturam quasi pro arbitrio formare potest; cujusmodi potestatem in rebus corporalibus non habet. Atque hoc sensu accipiendum, quod Fab. & Ang. tradunt, ea dici in jure consistere, quæ à jure substantiantur, creantur & nominantur. Habent enim utique & veram suam essentiam, sunt que omnino entia realia, sicut & quævis alia accidentia: ita propemodũ & D. Bach.

Sicut hæreditas, ususfructus, usus, & obligationes] Hæc omnia hactenus quidem rectè conjunguntur, quatenus jura sunt sive res incorporales. Cæterum dissimilis harum rerum ratio est, quatenus rebus ipsis opponuntur, ut mox ostendemus. Hæreditas universitatem bonorum significat, in quæ hæres succedit: & quia appellatione sua universim bona 3
omnia & jura defuncti, etiam quibus ille alijs renebatur, comprehendit, hac consideratione non ineptè jus dicitur, *l. hæredit.* 119. *l. pecunia* 178. §. 1. *l. bonorum* 208. *de verb. sign.* Unde Papinian. *l. hæreditas* 50. *de her. pet.* *hæreditas*, inquit, *etiam sine ullo corpore juris intellectum habet, add. l. 3. de bon. poss.* Obligatio quatenus à parte debitoris consideratur, jus non est, sed vinculum juris, quo ille adstringitur ad dandum aliquid aut faciendum, *inf. de oblig. in pr.* A parte autem creditoris, qui debitorem ita adstrictum habet, non malè jus dicitur, quod ex contractu acquiratur & numeretur in bonis. Etenim jus illud non est jus in re, sed tantùm ad rem, tribuens creditori actionem in personam duntaxat, non rei vendicationem: & ideo tractatio de obligationibus earumque acquirendarum modis non est hujus loci, in quo Iustiniano propositũ est docere, quibus modis acquirantur jura in rem dominio non absimilia, sicut ipse apertè significat in §. *ut. de us. & hab.* & de obligationibus demum tractare incipit *tit.* 14. *l.* 3. In usu & usufructu, quatenus uterque ut jam constitutus & acquisitus consideratur, plus est: sunt enim hæc jura in re, quæ usuario & fructuario pariunt actionem confessoriam, quæ in rem est, §. 2. *inf. de act.* De horum constitutione & acquisitione agitur, *tit.* 4. *& 5. hujus libri.*

Nam ipsum ius hæreditatis, &c.] Nemo est, qui non intelligat, usumfructum non esse idem, quod sunt ipsi fructus; cùm sit jus fruendi, id est, percipiendi fructum rei. Obligationes quoque nemo tam fungus est qui non videat aliud esse, quàm res in obligationem deductas. Quis enim putet, rem, quæ venijt, obligationem esse? At quo pacto hæreditas à rebus singulis hæreditarijs secernatur, non usque adeo obvium. Quod Iustinianus ait, ipsum jus hæreditatis incorporale esse, Caius *l.* 1. §. *de rer. div.* dixit, ipsum jus successionis tale esse: & Africanus, *l. bonorum* 108. *de verb. sign.* hæreditatis appellatione jus successionis, non singulares res demonstrari. Quid ergo? estne hæreditas jus successionis? Si figuratè id accipias

pro eo jure, quod per successionem acquiritur aut acquiri potest, concedo esse. Si propriè, nego. Quid enim aliud est jus successionis, quam jus succedendi? At jus succedendi ex testamento aut lege est, idque hæres habet priusquam hæreditatem adeat: hæreditatem autem non ante habet, quàm eam adierit, *l. delat.* 151. *de verb. sign* §. *ult. de her. qual. tel. tit. de acq her.* Ius succedendi decedens intra annũ transmittit ad hæredes suos; hæreditatem verò non transmittit, *l. cum in antiquioribus* 19. *C. de jur. del.* Aliud igitur est jus successionis, aliud hæreditas. Sed estne hæreditas ipsa successio? Sanè à nostris definitur successio in universum jus, quod defunctus habuit, *l. nihil.* 24. *de verb. sign. l. hæreditas* 62. *de reg. jur.* Verùm & hoc impropriè dici de hæreditate fatendum est: non enim ipsa hæreditas, sed susceptio hæreditatis, successio est: quippe succedere non hæreditatis, sed hæredis est: unde hæres passim universi juris successor appellatur. Ad eundem modum bonorum possessio definitur jus persequendi patrimonij, *l.* 3. §. 2. *de bon. poss.* nec tamen ipsa ad jus est, sed agnita id tribuit bonorum possessori. Hoc ita esse cum per se liquidum est, tum confirmatur ex eo, quod de bonorum possessione, quæ effectu nihil aliud est, quàm hæreditas. Ulp. *d. l.* 3. *in pr.* scribit, bona accipenda, esse universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui, suscipiturque ejus rei commodum & incommodum. In jus demortui succedit, & commodum atque incommodum suscipit non hæreditas aut bonorum possessio, sed hæres aut bonorum possessor. Atque, ut verbo dicam, hæreditas, ut res cæteræ, objectum est acquisitionis, & res, de qua acquirenda agitur; successio, modus, per quem illa acquiritur: jus succedendi; jus, quo delata acquiri & obtineri potest. Quamobrem nec Theophilus rectè hæreditatem definit esse jus, quod alieni patrimonij me universalem dominum efficit: non enim hæreditas id efficit, sed successio sive hæreditatis agnitio. Imò alienum istud patrimonium nihil aliud est simul sumptum, quàm ipsa hæreditas. Nec Hotomannus iure carpit M. Tullium Ciceronem, quasi non satis intelligenter, nec ad subtilitatem iuris civilis accommodatè hæreditatem definierit, *tecuniam, quæ morte alicujus ad aliquem pervenit jure; nec ea aut legata testamento, aut possessione retenta sit*; cùm hæreditas, ut ait Hotomannus, *non pecunia sit, sed ius acquirendæ pecuniæ, sive jus succendendi.* Quantò enim intelligentius & subtilius Cicero, quàm Hotomannus, liquet ex iis, quæ iam dicta sunt. Neque pecuniæ verbum, quod pro genere Cicero posuit, quenquam offendere debet, cùm etiam nostri testentur, pecuniæ appellatione res omnes & tam iura, quàm corpora contineri, *l. pecuniæ* 222. *de verb. sign.* Displicet etiam nunc mihi D. Donelli opinio, quam aliquando secutus sum, qui *l.* 6. *comm.* 2. hæreditatem esse contendit rem ipsam, quæ succedit in universum ius defuncti; propterea quod hæreditas iacens in quibusdam fingitur vicem personæ defuncti & domini sustinere, *l hæred.* 34. *& l. hæred.* 61. *de acq. rer. dom.* Nam illa consideratione hæreditas non magis res dici potest, quæ quidem subiecta sit acquisitioni, quàm defunctus ipse, cuius personam repræsentare fingitur. Res ipsa loquitur, hæreditatem nihil aliud esse, quàm patrimonium cuiusque defuncti cum oneribus, *eens overledens boedel*, ut tribus verbis definit. *D. Grot.* 2. *manud.* 11. ita tamen, ut appellatione sua universitatem demonstret, omniaque defuncti bona, iura, onera simul comprehendat, non res singulas seorsum, *l. bonorum* 208. *de verb. sign.* Atque hoc sensu ius dici, corporibusque quæ in hæreditate sunt, opponi arbitror.

Eodem numero sunt & iura prædiorum] Servitutes prædiorum, etiamsi corporibus accedant, incorporales tamen sunt: quippe jus prædij non pars prædij est, sed qualitas, *l.* 13 *de serv. l.* 4. *in pr. si serv. vend. l. quid aliud* 86. *de verb. sign.* Quod autem ait, jura prædiorum etiam servitutes vocari, non sic intelligi oportet, quasi eadem prorsus sint jura & servitutes: nam servitus propriè non jus, sed juris privatio & imminutio est. *l.* 5. §. *& belle.* 9. *de op. nov. nunc.* verùm, quod relata inter se sint, & illa vim habeant agendi, hæ patiendi significationem. In eo igitur, cui debetur, eundi puta facultas, jus dicitur, in eo, qui debet, servitus est & iuris imminutio. In illo servitus activè, in hoc passivè.

TITULUS III.

De servitutibus rusticorum & urbanorum prædiorum.

1 *Servitutis, qualem hic intelligimus, definitio, eiusque explicatio.*

2 *Species servitutis. Quid sit servitus prædij; quid ea requirat: de quo tamen latius, num.* 4.

3 *Omnes servitutes prædiorum perpetuam causam habere debere: & quid veteres per causam perpetuam intelligant.*

SErvitutis & libertatis nomina etiam rebus inanimatis & brutis tribuuntur, sed per translationem & longè alio significatu, quàm cum personæ servire dicuntur in disputatione de statu hominum

hominum. Illic suo quæque domino persona servit: libera est, quæ dominum non habet: at res sevire dicuntur, non quę domino suo serviunt, sed quæ domino suo non omnia officia præstare possunt, verùm quædam præstare coguntur alteri & non domino: liberæ esse: quæ uni & soli domino omnia præstant, *quo jac. leg. qui uti* 90. *de verb. sign.* Etenim quod ex re sua percipit dominus, id ei res ipsa ultra præstare videtur, libereque id facere, & cum quadam velut propensione voluntatis, quasi natura ita facta, ut id velit. Cùm autem pati cogitur, ut quædam commoda alius percipiat, jam servire videtur, quasi amissa priore facultate, quæ ei pro libertate affingebatur. Vitiosa igitur planè est divisio, quâ servitus distribuitur in tres species; in merè personalem, merè realem & mixtâ: nam merè personalis, quæ hominum est, & sola propriè servitus, unà cum reliquis, quæ tantùm, ἀναλόγως, id sunt, quod dicuntur, eidem generi ut species ejusdem subjici non potest. Igitur servitus, qualem hic intelligimus, est jus in re aliena alteri constitutum, quo dominus, quod huic alteri commodum sit, aliquid aut pati in suo, aut in suo non facere cogitur. Dicimus, servitutem esse jus: habita scilicet relatione ad eum, cui constituta est, & video in omnibus suis speciebus ita eam à nostris definiri; in itinere, actu, via, aquæductu, *hoc tit. in pr. & l. 1. de serv. rust.* in servitutibus prædiorum urbanorum; *§ seq. & l 2 de serv. prad. urb. in usufructu. pr. tit. seq. & l. 1. de usufr.* Per se autem servitus & respectu eius, à quo debetur, non jus est, sed juris privatio aut imminutio, *l. 5. §. ebellè 9. de op nov. nunc.* Aio, esse jus, quo dominus aliquid pati in suo, aut in suo non facere cogitur, ex natura omnium servitutum, *l. quotiens* 15. *§. 1. de serv.* Pati in suo, putà re sua utentem fruentem, per fundum suum euntem agentem, aquámve ducentem, tignum in ædes suas immittentem. Non facere, veluti altius non ædificare, in suo non ponere, quod luminibus ædium nostrarum aut prospectui officiat, &c. Planè enim ita servitus constitui non potest, ut quis aliquid cogatur facere in suo, putà viridaria aut arbores prospectus nostri causa tollere, aut in suo pingere, quo amœniorem nobis prospectum præstet, *d. leg.* 15. *§. 1.* obligatio hæc erit, non servitus constituta: & ideò prædio alienato non sequetur actio novum possessorem, ut fit ubi servitus constituta est, *l. cum fundo* 36. *de serv. prad. rust. l. neque* 19. *quib. mod. us. am.* sed in eum, qui id facere promisit, hæredemq; eius, actio in personam dabitur, *l. actionum* 25. *de obl. & act.* in id scilicet, quod interest, si non fiat, quod promissum est: ut accidit in omni obligatione faciendi, *l. 13. in fin. de re jud. l. stipulationes* 71. *de verb. oblig. §. ult. inf. eod* Una servitus oneris ferendi à natura reliquarum nonnihil degenerat, de qua dicemus, *§ 1. inf. hoc tit.* Quod adjeci de commodo, id finem servitutis respicit; neque enim ulla est servitus, quæ non commodi nostri causa constituatur, aut certè alicujus amœnitatis, *d. l. 15. in pr. de serv. l. 3. de acq rer. dom. & act.* Non autem præcisè requiritur, ut præsens sit utilitas, sed sufficit, natura tale jus esse, ut aliquando usui esse possit: quomodo cum Duareno accipienda, *l. pen. de serv.* Porrò species harum servitutum duæ sunt: quædã enim 2
sunt rerum sive prædiorum, quibus in usu iuris generis ferè nomen simpliciter tribuitur; quædam personarum. Sic autem distinguuntur non à re, quæ serviturem debet, sed ab ea re, cui debetur. Prædiorum igitur sunt, quæ debentur prædijs; personarũ, quæ personis, *l. 1. de serv. l. si mihi* 20. *§. ult. de serv. prad. rust. l. si quis* 32. *de usufr.* De servitutibus prædiorum agitur hoc tit. de personalibus tit. proximo & sec. Servitus prædij est, quæ prædio alieno imponitur ad vicini prædij utilitatem. Duo igitur hic prædia sint necesse est, quorum unius causa servitus constituatur, alteri imponatur; unum dominetur, alterum serviat, *l. 1. §. 1. com prad. §. 3. inf. hoc tit.* Requirimus in his prædiis vicinitatem: neque in rusticis tantùm, quod D. Vulteius facit & Joan. Superior *ad l. 3. de serv.* verùm etiam in urbanis, *l. 5 §. 1. de serv. prad. rust. l si ades* 38. *& l. seq. de serv. prad. urb.* Etenim vicinitatem non ex prædiorum conjunctione aut confinio, sed ex commoditate utendi metimur, ut intermedium prædium aut locus non officiat; si non impediat liberum usum servitutis, *l. 7. §. ult l ult. de servit rust. prad. l 7 §. 1. com prad. l. 1. de serv. prad urb. l. 4. § ult. si serv. vend. l servitutes* 14 *§. ult. de serv. l. si prius* 17 *§ 3. de aq pluv. arc. Duar & ad d. l* 14. *§. ult. Don.* 11. *comm.* 2. *Capell.* 18. *de serv. urb. prad n.* 2. Omnes verò servitutes prædiorum, ut ve- 3
teres definiunt, perpetuam causam habere debent, *l foramen* 28. *de serv prad. urb.* Perpetuum illis est, quodcumque ex naturali causa oritur, & si non sit assiduum: ut ecce, aqua pluvia ex naturali causa oritur, etsi non assiduè pluit, *d. l.* 29. quod enim naturaliter fit, perpetuum videtur, licet non fiat assiduè, ut defectio lunæ. *Arist. 1 post.* 8 Sed & quod ex facto nostro oritur, perpetuum habetur, si ejus causa prædium aut pars prædij parata est, ut fumi immissio, *l. 8. §. Aristot si serv. vind* Causam servitutis vocant id, cuius aut arcendi à nostro, aut in nostro habendi gratia servitus constituta est; verbi gratia in stillicidio & aquæ ductu, causa, ob quam hæ servitutes comparatę sunt, est aqua; illic, ut ab ædibus nostris avertatur, hic, ut aqua ducatur, & in nostro habeatur, *d. l.* 28. *l. 1 §. 4. de font.* Interpretes

vulgò, dum distinguunt inter servitutes continuas & discontinuas, causam confundunt cum possessione. Facilè autem ex superiore definitione colligere est, servitutem prædij non intelligi, quæ constituta est in prædio quidem alieno, sed ei, qui prædium non habet, aut qui non habet vicinum. *l.5.de serv.præd.urb.l. Mela 14.§.ult.de alim.leg.* aut etiam ei, qui habet vicinum, si non sit constituta illius prædij causa, & revera prædio utilis. *l.si ædes 38.de serv.præd.urb.l.6.in pr. & §.1.de serv.præd.rust.* eoque pertinet quod scribit Paulus, *l.8 de servit.ut pomum decerpere liceat, ut spatiari & cœnare in alieno possimus*, servitutem imponi non posse, nimirum quia hoc jus prædij nostri causa non constituitur, nec prædij nostri causam meliorem facit. Si quis igitur in suo tale quid faciendi jus alteri concesserit, id personarum servituribus adscribendum. Inde quoque est, quod servitus prædij non intelligatur, si in constituendo persona demonstrata sit, cui soli ea præstetur, licet ad utilitatem quoque prædij constituta sit, *l.4.de serv.præd rust.* Ita nonnunquam ex accidenti fit, ut natura servitutis alteretur, *add. Coras.ad d.l.8.Don.9. comm.21. VVes.parat.de servit. præd.rust.n.3.* Porrò autem ut prædia vel rustica sunt, vel urbana, ita quoque & servitutes, quæ iis inhærent, vel rusticæ sunt vel urbanæ. Prædia rustica sunt loca ædificiis vacua, in urbe area, ruri ager, *l. fundi 211.de verb.sign.* non enim loco, sed materia & genere distinguuntur, ut posteà plenius intelligetur.

TEXTUS.

Rusticorum prædiorum jura sunt hæc: iter, actus, via, aquæductus. Iter, est jus eundi, ambulandi, hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum. Actus, est jus agendi jumentum, vel vehiculum. Itaq; qui habet iter, actum non habet; sed qui actum habet, & iter habet, eoq; uti potest etiam sine jumento. Via, est jus eundi & agendi & ambulandi, hominis: nam iter & actum via in se continet. Aquæductus est jus aquæ ducendæ per fundum alienum.

NOTÆ.

RUSTICORUM PRÆDIORUM] Hic locus sumptus est ex Ulp. *l.1.D de S.P.R.*

AMBULANDI] Ire est transire, sive per alienum prædium in suum rectà pergere: ambulare, animi gratia spatiari in secessibus, eandemque viam ire & redire, quod tamen hîc non ut jus aliquod principale consideratur, sed ut illius juris accessio, & ita non obst. *l.8.D.de serv.*

NON ETIAM IUMENTUM] Iumento vehi potest; jumentum, ἀχθοφόρον κτῆνος, agere non potest.

JUMENTUM VEL VEHICULUM] Disiunctim, nam actus etiam intelligitur, licet vehiculum, duci non possit, *l.13.d.t.* Itaque Græci minùs plenè actum vertunt, ἀμαξιτὴν ὁδὸν.

ETIAM SINE IUMENTO] Ex tacita voluntate & sententia constituentis, arg. *l.21.de reg.jur.* secus, si contrà expressè convenerit, *l.4.§.1.si serv.vind.*

VIA IN SE CONTINET] ἐσωθὲν, ut totum partes, arg, *l.13.§.1.D.de accept.* Itaque via per se intelligi non potest sine jure eundi, &c. *l.13.D.de servit.* nihilque mutandum in definitione viæ, qua una præcedens utraque rectè comprehensa est. De differentiis actus & viæ v. Cujac.22, *obs.35.l.7.l.8.13. §.1.P.R.*

AQUÆ DUCENDÆ] Quod fit canalibus sive tubis, aut ducto rivo per longitudinem depresso, quò aqua decurrat, *l.1.§.1.de riv.*

COMMENTARIVS.

1. *Eum, qui iter habet, rheda vehi non posse, contra Capollam.*
2. *An spatiari voluptatis aut valetudinis causa, vel equum manu ducere, gestandi gratia paratum.*
3. *Ei, qui actum habet, licere & armenta agere, nec tamen ideò pro* jumentum *reponendum* armentum.
4. *In definitione actus malè D. Hotomannum pro* vel vehiculum *reponere* non etiam vehiculum.
5. *An actui insit & iter sine jumento.*
6. *In definitione viæ nihil mutandum, & quid inter viam & actum intersit.*
7. *De aquæductu quædam observatu digna.*

SErvitutes rusticorum prædiorum sunt, quæ prædiis rusticis inhærent. Sunt autem longè plures; quàm hîc enumerantur. D.Donellus 11. *com.* 6. doctrinæ causa ad tria genera eas revocat; nam, ut eleganter & eruditè ostendit, aut eò pertinent, ut per alienum fundum ad nostrum perveniatur, eóve quid accedat; aut ut quid ex vicino sumere liceat; quod ad usum prædij nostri aut pecorum, quæ prædij causa habentur, transferatur; aut ut prædium nostrum onere, quo intus premitur, exoneretur. Ad primum genus pertinent quatuor illæ, quas hic explicat Justinianus post Ulp. *l.1. de serv.præd.rust.* Secundi generis

ris exempla sunt in §. 2. *inf. & d. l.* 1. §. 1. *eod.* tertij *l.* 3. §. 1. *& 2. eod.* item exemplum, quod proponitur *l. is qui* 29. *eod.* ut aquam aperto sulco educere in fundum vicini liceat. Singula fusiùs explicat Don. *d. c.* 6. *& 2. seqq.*

Iter est ius eundi, ambulandi] Jure eundi continetur & qui lectica aut sella, item qui equo vehitur, *l.* 7. *l.* 12. *eod.* parum enim referre visum est, suis pe-
1 dibus quis utatur in eundo, an alienis. Quod autem Cæpolla *de serv. rust. præd. c.* 1. *n.* 4. *&* 5. putat, eum, qui iter habet, etiam rheda aut curru per duos equos vehi posse, modò rebus aliis rheda non oneretur vereor ut defendi possit: non enim par ratio est lecticæ, quæ à lecticariis gestatur, & currus, quem jumenta trahunt. Iumenta cum curru agere, non est ire, nec eius, qui iter habet, sed qui habet actum aut viam. Moribus nostris tres diversæ servitutes sunt, *voet padt, rypadt, dreef*, id est, actus.

Ambulandi] Id est, comeandi ultrò citroque, eundi ad fundum nostrum & inde redeundi, quoties
2 lubet. An igitur & spatiandi voluptatis aut valetudinis causa? Ita quidem *D. Cujac. 22. obs.* 35. *Baro hic Don.* 11. *com.* 6. Atqui ut spatiari liceat in alieno animi causa, prædij servitus imponi non potest: hoc enim personæ voluptatem respicit, non utilitatem prædij, *l.* 8. *de serv.* unde D. Hotomannus verbo ambulandi nihil aliud hic significari existimat, quàm commeationem ob res prædio, iisve, quibus illic morari necesse est, utiles aut necessarias. Puto tamen dici posse, ambulationem istam hic non considerari, ut jus aliquod principale & per se, sed ut illius juris accessionem. Glossa verbum *ire* refert ad eum, qui vadit solus, *ambulare* ad eum, qui it cum socio: quod & Cæpolla facit *d. c. n.* 2. & sequitur *Schneid. hic n.* 11. Sed si, quod uni concessum est; ad plures porrigimus, gravior fiet servitus: qua ratione Glossam improbat Porcius hic: quanquam sanè is, qui iter habet, cum alio ire prohibendus non est, si comitatus alterius spectet ad utilitatem solius prædij, cui iter debetur, ut benè D. Busius ad *l.* 1. *de serv. præd. rust.*

Hominis] Atqui diximus, eum, qui iter habet; etiam jumento ire posse. Nimirum etiam in eo spectamus hominem, qui ministerio jumenti in eundo utitur, ut causam principalem, non ipsum jumentũ per se. Quod si quæras, cur hominis hic mentio fiat, cùm iter prædij servitus sit, non personæ; respondebimus, ut hinc removeantur pecora, quæ & ipsa cùm aguntur, ire dicuntur: deinde non designari hic quamlibet personam, sed qui prædium habeat, cujus nomine eat. Nam hæ servitutes non ideò prædiorum dicuntur, quia personæ non competunt, sed comparatione facta ad jura merè personalia, quia non alij competunt, quàm qui prædiũ habet.

Non etiam jumentum agendi] Ita & Ulp. *l.* 1. *hoc tit. & Paul. l.* 7. *eod.* Hoc autem haud dubiè accipiendum est de jumentis, quæ sarcinas portantes aguntur aut ducuntur. Nam si quis pedes ire malens in itinere descendat de equo, eumque manu ducat, cur id ei non liceat? aut cur per famulum non possit equus deduci ad dominium, ut rediturus eum conscendat, & eques remeet? *arg. l.* 12. *eod.*

Actus est ius agendi iumentum vel vehiculum] *d. l.* 1. *eod.* Iumenti appellatione non contineri boves, identidem relatum & responsum est, *l. ædiles* 38. §. *jumentorum & 2. seqq. de ædil. edict. l. legatis* 65. §. *antepen. de legat.* 3. *l. boves* 89. *de verb. sign. Paul.* 3. *sent.* 6. Columella quoque boves à jumentis, equis, asinis, mulis, passim segregat, ut *lib.* 1. *c.* 6. *lib.* 6. *c.* 19. An
3 igitur ei qui actum habet, non licebit boves agere, & generaliter armenta? Sanè verò. Differtè enim à Modestino scriptum est, actum esse, *ubi armenta trajicere liceat, l.* 12. *de serv. præd. rust.* Armentorum autem appellatione vel maximè boves continentur, *d. l. boves de verb. sign. l. servis legatis* 81. §. *armenta de leg.* 3. Nec tamen ideò necesse est, ut cum Hotomãno pro *jumentum* reponamus *armentum*, contra fidem omnium exemplarium. Nam vel ὡς πλατεῖα jumenti vox hic accipi potest, ut & boves complectatur, cùm & Isidorus boves inter jumenta referat, *lib.* 12. *c.* 1. & ipse Columella etiam his ex ratione originis nomen jumenti tribuere videatur: sic enim scribit *l.* 6. *c.* 3. *Iumenta nomẽ à re traxerunt, quod nostrum laborem vel onera subnectando vel arando juvarent.* Iumentum igitur, ἀχυροφόρον κἄλω ἢ ἁμαξύγιον. Quid si dicamus, exempli duntaxat causa jumenti mentionem factam? Ut enim reponas *armentũ* aut retineas *jumentum*, non continebitur verbis definitionis actus ovium, caprarum, & reliquorũ minorum pecorum, quibus propriè gregis, non armenti aut jumenti appellatio convenit, *d. l.* 81 §. *armento d. l.* 3. *d. l.* 38. §. 4. *de ad. edict. l.* 1. §. *ult. de rei vend.*

Vel vehiculum] Hic iterum Hotomannus contendit, legendum esse, *non etiam vehiculum.* Sed protectò nimis confidenter: non enim hoc tantùm loco, verùm etiam infinitis aliis jus agendi vehiculum actu contineri, à veteribus traditum est, *d. l.* 1. *l.* 7. *l.* 12. *eod. l.* 11. *quemad serv. am* idemq; manifestè colligitur ex *leg.* 13 §. 1. *de accept.* Nam si non actus, sed viæ proprium esset vehiculum agere, non debuit Iureconsultus liberare eum, qui viã promisit, si stipulator viæ iter & actum tantùm accepto tulerit. At quo argumento convellere conatur, quod tam constanter traditur? Nimirum quia alioqui nulla futura sit inter actum & viam differentia. Sed hoc falsum esse ostendemus in explicatione definitionis

viæ. Nihil Hotomannum juvat, quod scribit Pompon. *l.13. de serv.* si via concessa sit tam angusti loci demonstratione facta, ut jumentum duntaxat ea duci possit, non etiam vehiculum, actum magis, quàm viam acquisitum videri. Non enim, ut via semper & natura sua utrumque jus continet, & jumentum agendi & ducendi vehiculum, ita & actus; sed aliquando illud duntaxat, non hoc, putà si vel expressè convenerit, ut actus esset sine jure agendi vehiculū, vel tacitè idem actum est, ut in specie *d. l.13. de serv.* Atque hoc satis ostendunt verba ipsa huius definitionis, quibus actui non utrumq; conjunctim, sed hoc vel illud disjunctim tribuitur. Itaque & Græci minùs plenè actum vertunt ἀμαξιτὸν ὁδον

Vti potest etiam sine jumento] Traditur hoc idem & in *d.l.1. eod. l.2. quemad. serv. am.* & verissimum esse docet *l. qui usumfructum 58. de verb. oblig.* Ubi Iulianus refert, eum, qui actum stipulatus postea iter stipulatur, posteriore stipulatione nihil agere, sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur. Quod & apud Ulpian. relatum est *l.9. §. ult. de novat.* falsò, si actus tacitè non contineret etiam jus eundi sine jumento sive iter separatum. Neque tamen hoc ita
5 accipimus, quasi iter separatum sit de essentia ipsius actus, sine eo actus consistere aut constitui non possit: sed hoc dicimus, actu constituto regulariter & ex tacita voluntate & sententia constituentis, etiam iter sine jumento concessum intelligi, *arg. l. non debet 21. l. in eo 110. de reg. jur. C. cui licet eod. in 6.* Atque ideò jus agendi duntaxat, non etiam eundi, ambulandi, in definitone actus exprimitur. Ad hæc si actus essentialiter etiam iter contineret, quo utimur sine jumento, nullius momenti esset convēntio, ut actus sit sine itinere, contrà *l.4. §.1. si ser. vin.* Non obstat, quod apud Paulum legimus, actu legato, iter frustrà adimi, *l.1. de adim. leg.* nam ratio subjecta non obscurè arguit, loqui Iurisconsultum de itinere, quo necessariò utimur in ipso actu, cùm jumentum aut vehiculum agimus. Aut enim, ideò iter frustrà adimi, quia nunquam actus sine itinere esse potest. Sed nec id iter videri poterit ea ademptione detractum, quod sine jumento est, quia per se nō est legatum: atque ita auctus potius in natura sua & qualis regulariter est, relictus. Planè si testator nominatim hoc iter ademerit, hoc est, expressè voluerit ire sine jumento, nullus dubitat, quin utilis sit ademptio, *arg. d.l.4. §.1. si serv. vend.* Et est in proposito eadem ferè ratio itineris & actus, quæ usus & usus fructus: nam etsi fructui usus inest, & ideò legato usufructu, usus ademptio nulla: *in l.14. §.1. de us. & hab.* nihil tamen vetat usum à fructu expressè separari, *l.5. §.1. usuf. qu. cav.* Hinc jam liquet, quid de iudicio & ausu Ant. Fabri sentiendum, *qui leg.1. conj. c. ult.* verba hæc, *eoq; uti potest etiam sine jumento*, tot locis expressa, damnare non veretur, ut emblema imperiti interpretis, *consul. Don. 11. com. 6. Duar. 1. disp. 31. Bachov. hic & in Treutl. vol. 1. disp. 17. thes. 4.*

Via est ius eundi, agendi, ambulandi] Via, ut mox subiicitur, iter & actum in se continet, hoc est, ex itinere & actu essentialiter via constituitur, *arg. l. 13. §.1. de accept. l.9. si serv. vind.* ac proinde quicquid est in definitionibus itineris & actus, id una definitione viæ debuit comprehendi; quod & curiosè ab Ulp. *l.1. de serv. prad. rust.* & Iustinian. hic observatum est. Mirorque adeò viros doctissimos, *Conan. 4. com. 11. & Don. 11. comm. 6.* pro verbo *condi* reponentes *vehendi*, motos tantum vocis definitæ etymologia, quam Varro 4 *de ling.* à *vehendo* deducit, & analogia præcedentium definitionum: nam sic bis idem diceretur, cùm verbum agendi etiam vectionem contineat, *l.4. §.1. de serv.* Quid igitur amplius est in via, quàm in actu? Primum hoc quod via etiam iter in se ἀτομῶς contineat, ita ut sine jure eundi per se via intelligi aut constitui non possit: in quo specificè differt ab actu, qui potest esse sine itinere separato. Deinde etiam hoc; quod via nunquam esse potest sine iure ducendi vehiculum actus potest, *l.83 de serv.* Item quòd qui viam habet, vel iter & actum separatim, vel utrumq; simul iter & actum, vel uno verbo viam, vindicare potest: qui verò actum habet, non potest neque iter separatim, neque iter & actum coniunctim, sed solummodò actum vindicare, *Cujac. 22. obs. 31. fac. leg. 11. §.6. de exc. rei jud.* Sunt & aliæ quædam differentiæ, sed minùs principales: nam qui viam habet, etiam lapides & tigna trahere, & rectam hastam ferre, modò ne fructus lædat, potest; quod ei qui actum habet, non licere plerique existimaverunt. *l.7. de serv. prad. rust.* & potest etiam sine his via constitui. Illud omninò ex accidenti est, quod actus & via aliquando differant latitudine, *vid. l.8. l.13 §.2. eod. add. D. Bus. ad l.1 eod. Diod. Tulden. comm. hic c.11.*

Aqua ductus, est jus aquæ ducendæ per fundum alienum] *d.l.1. eod.* Id fieri solet vel canalibus sive tubis aut ducto rivo per longitudinem depresso, quo aqua decurrat, *l.1. §.2. de riv.* Ducitur autem aqua aut publica aut privata. Publicam ducere, putà ex flumine publico, cuique licet, nisi Imperator aut Senatus vetent, aut aqua sit in usu publico, putà si flumen sit navigabile, vel ex eo aliud navigabile fiat, *l.2. de flum. l.10. §. ult. de aq. pluv. arc.* aut si periculum sit, ne exaresçat, quamvis navigabile non sit: *d.l.1. §. non autem 12. de flum.* Sed neque ex castello, vel ex rivo, vel ex quo alio loco, qui aquam publicam suscipit,
7 ducere

ducere fas est sine permissu Principis, *l. 1. §. permittitur 41. & 2. seqq. de aq. cottid.* In concedendo autem jure ducendi aquam privatam, sive fontis sive fluminis, sive putealem, non tantùm eorum, quorum in loco aqua oritur, verùm eorum etiam, ad quos ejus aquæ usus pertinet, voluntas exquirenda est, id est, eorum, quibus servitus aquæ debetur: quippe cum hic agatur de jure eorum minuendo, quod omnes tangit, ab omnibus debet approbari, *l. 8. de aq. pluv. arc. junct. l. ult. C. de aucl. præst.* Illud hic generaliter tenendum, neminem posse aquam aut publicam aut privatam per fundum alienum in suum ducere, cui non sit hæc servitus constituta à domino illius fundi: *l. quemadmodum 29. §. 1. ad leg. Aquil. l. 2. C. de serv.* neminem quoque posse ex suo aquæductu alteri commodare, nisi id nominatim convenerit: *l. ex meo 24. l. cum essent, 33. §. 1. de serv. prad. rust.* Item jus hoc ad certum usum prædii concedi oportere: nam si concessum sit ita, ut aqua quocumque duci possit, non fundi, sed personæ jus erit: *l. pen. eod. l. 1. §. præterea 12. de aq. cott.* Denique concedi posse ductum aquæ non tantum præsentis & fluentis, sed etiam quærendæ & nondum inventæ, *l. Labeo 10. eod. h. tit. l. ult. si serv. vind. add. VVes. par. hoc tit n. 2. Pet. Greg. 4. syntag. 15. Tulden. comm sup. de rer. d. v. c. 11. fusè Capoll. de serv. rust. c. 4. Christin. vol. 5. decis. 83.*

TEXTUS.

1. *Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæ, quæ ædificijs inhærent: ideo urbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sint. Item urbanorum prædiorum servitutes sint hæ, ut vicinus onera vicini sustineat: ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere: ut stillicidium, vel flumen recipiat quis in ædes suas, vel in aream, vel in cloacam, vel non recipiat: & ne altius quis tollat ædes suas, ne luminibus vicini officiat.*

NOTÆ.

1. In villa ædificata] *l. 1. comm. prad leg. 198. l. 166. de verb. sign.* Neratius *l. 2. P. R.* suo arbitratu loquitur, dum servitutem prætorio impositam rusticam appellat, non considerato effectu juris, arg. *leg. 4. §. 1. D. in quib. ca. pig. tac.*

Item urbanorum] fix Cajo *l. 2. P. V.* ubi & aliæ, add. *l. 1. l. 3. 16. eod.*

Onera vicini] Veluti si columna ædium tuarum onus ædium mearum ferat: & hic tu, cujus ædes serviunt, columnam reficere debes, *l. 33. d. t. l. 6. §. 2. si serv. vind.* qua parte servitus hæc spuria, *l. 15. §. 1. de servit.*

Vel non recipiat] Aut meo jure stillicidium non recipio, aut jure servitutis: meo jure, si non lege civitatis cuique permissum obversa in alienum stillicidia habere: jure servitutis, si jure publico cuique permissum stillicidia sua in alienum avertere. Ita melius, quàm Cujac. & Pac. Quid differant stillicidium & flumen, disce ex *l. 20. §. 3. & seqq. de serv. urb.* Varr. 4. *de lingua.*

COMMENTARIUS.

1. *Verum non esse, quod quidam tradunt, sola ædificia habitandi causa parata urbanorum prædiorum numero censeri.*
2. *Prædia eorumq; jura, si non simpliciter, sed cum effectu juris considerentur, nunquam loco distingui; sed genere, usu, fine.*
3. *Quid interfit inter servitutem tigni immittendi & oneris ferendi: item inter ius projiciendi & protegendi.*
4. *Quid sit stillicidium, quid flumen.*
5. *De servitutibus stillicidiorum & fluminum, tum avertendorum tum non avertendorum.*
6. *An jus altius tollendi sit aliquando servitus per se.*
7. *Confutatur latè sententia Bachovij contendentis, ius altius tollendi & non tollendi esse unam eandemq; servitutem.*
8. *Plus esse in servitute ne luminibus efficiatur, quàm vel in altius non tollendi, vel luminum.*
9. *Cuiacij & Duareni opinio de servitute luminum refellitur.*

HOc §. agitur de servitutū prædialium specie altera, prædiorum scilicet urbanorū: & ait Imperas esse, quæ ædificijs inhærent, atque inde sic dictas, quia omnia ædificia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sunt: quod & alibi sæpè traditum, *l. 1. com. prad. l. urbana familia 166. l. urbana prædia 198. de verb. sign.* Nimirū, ut superius obiter monuimus, distinctio hæc prædiorum non à loco sumitur, sed à materia vel genere prædij, *dd. ll.* Sunt qui à fine sumptam putant, & ea sola ædificia prædiorum urbanorum numero esse, quæ parata sunt habitandi causa: horrea autem, quæ ruri ædificantur ad fructus reponendos & custodiendos, magis esse ut prædia rustica censeantur, *Capoll. de serv. urb. cap. 11. n. 2. Mynſ. VVes. vult. hic Broneh. 1. aff. 95.* Sed hoc rectè, meo judicio, quod ad propositam tractationem attinet, improbat Bachovius. Hoc

eum, alterum ex dominis, qui vicina aut contigua horrea habeant; alteri, cui fortè ad grana à paleis repurganda flatu venti opus sit, ut fieri potest, *l. ult. §. 1. C. de serv.* cessisse servitutem altius non tollendi, aut jus alteri constituisse tigni immittendi in parietem horrei sui. Hæ servitutes utique, urbanæ dicendæ sunt non rusticæ. Quid enim interest, horreum, an aliud ædificium altius non extollatur? In constituendo, in amittendo omnia eadem: idem juris effectus in oppignerando, novo opere nunciando. Ratio autem non patitur, ut eadem specie servitus nunc urbana, nunc rustica dicatur. Non est contrarium, quod scribit Neratius *l. 2. de serv. prad. rust.* rustici prædii servitutem esse, *licere altius tollere & efficere prætorio vicini.* Nam prætorium significat id ædificium, in quo dominus, si quando ruri est, habitat, separatum ab habitatione villici, ut constat ex Columella & Palladio. At tale prædium omnes urbanum esse fatentur. Atque ut demus, appellatione prætorij, non tantum villam urbanã, sed aliquando etiam rusticam & fructuariam quoque significari, ut putat D. Gœd. eo quod Ulp. *d. l. 198. de verb. sign.* distinctionis causa, cum prætoria urbanis prædijs adnumerat, videtur addidisse, *voluptati tantum deservientia*, tamen nemo tam ineptus est, ut putet, Neratium, *d. l. 2. de serv. prad. rust.* prætorij appellatione intellexisse villam fructuariam aut horreum, quod utique non est subjectum servitutis protegendi, cujus ille ibidẽ etiam mentionem facit. Cur igitur, inquis, Neratius servitutem prætorio impositam rusticam appellat? nimirum quia ille arbitrio suo loquitur, non considerato juris effectu. Hoc ut perfectius intelligatur, sciendũ, prædia eorumque jura dupliciter considerari posse; vel simpliciter, qua consideratione nihil prohibet ea loco distinguere, quod fecit Neratius; vel cum effectu juris, qua consideratione loco nunquam distinguuntur. Cum quæritur de jure taciti pignoris, quod domino tribuitur in invectis & illatis ab inquilino in prædium urbanum, non item in invectis à colono in prædium rusticum, *l. 4. l. 7. §. 1. in quib. ca. ping. tac.* urbana prædia accipimus etiam tabernas, stabula, quæ non sunt in continentibus ædificiis, vel ipso Neratio teste, *d. l. 4. §. 1.* aliaque meritoria in villis & vicis. Villa autem fructuaria & habitatio villici in hac causa prædia rustica habentur, *arg. d. leg. 198. de verb. sign.* Item cum quæritur de alienatione prædiorũ pupillarium aut minorum 25. annis, quæ si rustica sint aut suburbana, oratione Severi sine decreto prohibentur alienari. *l. 1 de reb. eor. qui sub tut.* (quod constitutione Constantini ad urbana quoque prædia postea extensum est, *l. 22. C. de adm. tut.*) prædia à fine & usu distinguimus, & rustica quoque intelligimus, hortos olitorios & vinearios, qui in urbe sunt, & villas fundi causa & propter opus rusticum ædificatas: reliqua ædificia, stabula, meritoria, etsi ruri sunt, pro urbanis habentur; ut & horti ædificiorũ, unde nihil aut parũ reditus: & multo magis area, *d. l. 198. de verb. sign.* quo loco orationem illam Severi Ulpianus interpretatus est, *Cujac. 7. obs. 24.* Simili modo de servitutibus, cum simpliciter quæritur, quorum prædiorum sint, loco itidem ut prædia distingui possunt: at cum quæritur de vi & effectu juris in ijs constituendis, acquirendis, amittendis, pignerandis, novo opere eorum nomine nunciando, (vide obiter *leg. 1. l. 6. de serv. prad. urb. l. 6. l. 7. §. 1. comm. prad. 11. §. ult. & l. seq. de pign. l. 5. §. & belle. 9. leg. 14. de op. nov. nunc.*) loci ratio nulla habetur: sed quæ ædificijs inhærent, urbanæ, quæ locis puris, rusticæ dicuntur. Et quia hac consideratione neque ulla ædificia possunt esse subjectũ servitutũ rusticarum, nec loca ædificijs vacua subjectum urbanarum, hinc factum est, ut in proposito ædificia omnia, etiam quæ in villis & vicis sunt, sive ad usum urbanum, puta ad habitandũ, ad viatores recipiendos aliúmve quæstum faciendum comparata sint, sive ad usum rusticum, ad fruges condendas & custodiendas, & stabulanda pecora, prædia urbana habeantur: contra loca omnia ædificiis vacua, etiam area in urbe, & horti ad voluptatem comparati, prædia rustica, distinctione subjecti ad naturam servitutum accommodata. Hæc nescio an quisquam tam distinctè & lucidè.

Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæ.] Et longè etiam plures: sed harum commemoratio sufficit ad declarandum id, quod dixerat, prædiorum urbanorum servitutes esse, quæ ædificiis inhærent. Donellus 11. *comm.* 4. etiam quæ hujus sunt generis, in tres classes partitus est, ex triplici earum fine: quædam enim comparatæ sunt ad ædes vicinas dilatandas, ut tigni immittendi, oneris ferendi, projiciendi, protegendi: quædam ad ædium interiorem commoditatem, veluti altius non tollendi, ne luminibus, ne prospectui officiatur: quædam denique ad ædes exonerandas, cujusmodi sunt jus cloacæ immittendæ, fumi immittendi, fluminis & stillicidij avertendi in aream alienam. Pretium fuit, digito saltem hoc indicasse.

Ut vicinus onera vicini sustineat, ut in parietem ejus liceat tignum immittere.] Proponũtur hæ servitutes, ut species diversæ: & sanè differunt gradu. In imponenda servitute tigni immittendi hoc agitur, ut ex nostro pariete liceat tignum, ξύλον ἢ δοκὸν, trabem immittere in parietem vicini, ita ut ibi requiescat, & vicini paries sustineat

onus

onus immissi, nihil amplius, *l. malum.* 242. §. 1. *de verb. sign.* In servitute autem oneris ferendi hoc amplius est, quod vicinus columnam, aut parietem, cui oneri ferendo est, reficere tenetur, & idoneum oneri sustinendo præstare, *l. eum.* 33. *de serv. præd. urb.* qua parte servitus hæc degenerat & spuria esse agnoscitur: quippe cum contra naturam servitutum hoc sit, ut quis cogatur aliquid facere in suo, *l.* 15. §. 1. *de servit.* Qua ratione quoque jam olim Gallus putabat, non posse ita servitutem imponi, ut quis & onus ferret, & parietem reficeret. Sed obtinuit Servij sententia, contendentis, posse, *l.* 6. §. 2. *si serv. vend.* id quod in specie proposita visum est, per consequentiam recipiendũ esse ejus, quod principaliter agitur. Agitur autem hoc; ut jus sit ædium mearum, onus in parietem vicini immittere: quæ servitus vix consistere potest, nisi paries reficiatur & idoneus habeatur oneri ferendo. Hujus ejusdem generis est jus projiciendi, *l.* 1. & *l.* 2. *de serv. præd. urb.* videlicet ut liceat ex nostro tignum projicere in aream alienam, hoc est, ita provehere supra solum vicini, ut nusquam requiescat, præterquam in pariete nostro; sive id fiat ædificii supra id proiectum ponendi causa, sive tegendi parietis; ut plurimũ autem aliquid substruendi causa, puta mœniani aut suggrundæ; *d. l. malum* 243. §. 1. *de verb. sign.* nam quod tegendi parietis causa ad umbram faciendam emittitur aut arcendos imbres à pariete; protectum in specie appellatur, *d. l.* 1. & 2. *hoc tit.* ita protectum à suggrunda distinguitur in edicto *de his qui dej. vel effud. l.* 5. §. *prætor ait.* 6. Crassus error est eorum, qui servitutem projiciendi interpretantur jus abiiciendi vel effundendi quid in aream alienam, aquam puta, vel quisquilias. *Capoll. c.* 32. *de serv. urb.* nulla enim talis servitus constitui potest; quæ quidem prædii sit, *l. foramen* 28. *hoc tit.* Atque hunc errorem quoque notat *Coras. 3. misc. ult. num. 8. &* 9. Cæterum alium ille enarrat *n. ult.* ubi ne subordinatam quidem differentiam inter proiectum & protectum agnoscit.

Vt stillicidium vel flumen quis recipiat, vel non recipiat] Hæ eædem servitutes sunt, quæ dicuntur
4 stillicidiorum & fluminum, *l.* 1. *de serv. præd. urb.* Inter stillicidium & flumen hoc interest, quod stillicidium est, cum aqua pluvia ex tecto stillatim & guttatim cadit; *drop*; flumen, cum fluxu & per imam ædium partem more fluminis effunditur, *vvaterloop. Varo* 4. *de ling. Paul. l. servitutes*, 20. §. 3. *& seqq. de serv. præd. urb.* Itaque stillicidii recipiendi servitus dicitur, qua vicinus ferre cogitur, ut aqua pluvia ex tecto meo in suas ædes cadat; fluminis verò, qua pati cogitur, ut aqua eadem in alveum aut canalem recepta in suas ædes cum impetu feratur; unde hæc, quàm illa gravior; & proinde *Paul. d. l. serv.* 20. §. *stillicidium*, ait, *inferius demitti non posse, ne gravior fiat servitus, & pro stillicidio flumen: altius tolli posse; quia levior eo modo fiat: cum, quod ex alto, lenius cadat, & interdum vi venti direptum non perveniat ad locum servientem.* Duplex autem est stillicidii & fluminis servitus, *ut ostendit hic locus & l.* 2. *eod.* una avertendi, altera non avertendi stillicidij aut fluminis: quarum illa comparata est ad ædes exonerandas, hæc ad interiorem ædium commoditatem pertinet. Avertendi stillicidij est jus stillicidia nostra derivandi in ædes aut aream vicini, ut vicinus stillicidium nostrum recipere cogatur in ædes suas vel in aream aut cloacam *l. l.* 2. *& hoc text.* Stillicidia non avertendi jus est, quo vicinus stillicidium ædium suarum in aream vel cloacam vicini avertere prohibetur, aut non tenetur vicinus stillicidium vicini in suum recipere. Sane quidem iure communi nemo cogitur stillicidia vicini recipere, licetque nobis iure libertatis rei nostræ vicinum prohibere ne stillicidia sua in nostrum immittat. Cæterum sicubi constitutio ædificiorum talis est, ut lege aut consuetudine civitatis unicuique permissum sit stillicidia sua obversa habere in alienum, vicinique iure publico ea recipere cogantur, hic, si velimus nobis ius esse prohibendi vicinum stillicidia sua in nostrum avertere, necesse est, ut id ius vicinus nobis constituat, suaque rei hanc servitutem imponat: quod quamobrem & quàm recte dicatur, mox certius intelligetur, cum de servitutibus altius tollendi & non tollendi disputabimus. Similiter servitus fluminis avertendi est jus fluminis immittendi in alienum: non avertendi, seruitus, qua vicinus flumen, quod alioqui lege vel consuetudine civitatis liceret, avertere in alienum prohibetur. Ita rectè *Don.* 11. *c.* 4. *Bocer. & Puning. hic.* Alius verò servitus stillicidii aut fluminis non avertendi est, qua vicinus avertere cogitur stillicidium aut flumen ædium suarum in aream vicini, ut aqua in cisternam ejus recipiatur, vel hortum irriget: qua constituta agi possit cum domino ædium servientium, jus ei non esse stillicidia avertere, atque ut regulas, canalesque aut tubulos, per quos aqua labitur, suis expensis reficiat. *Capoll. cap.* 28. *& seq. de serv. urb. Pet. Greg.* 4. *syntagm.* 9. *n.* 7. Sed hoc minus placet: quia non pro commodo, sed pro onere passim habetur, stillicidium aut flumen alienum recipere: & præter naturam servitutum est, ut quis aliquid facere cogatur in suo.

Et ne alius quis tollat ædes suas] Hæc servitus ob eum maximè finem constituitur, ne lumini-

bus vicini altius ædificando officiatur. Nam cum unicuique jure naturæ in suo quidvis facere liceat, dum in alienum nihil immittat, *l.8.§. Aristot.5. si serv.vend.* eique consequens sit posse unumquemque in area sua ædificare in infinitum, ædesve antea positas altius tollere, etiamsi vicino incommodet, lumina ejus obscurando, quod & traditum est, *l.9.l.14.l.cujus 24.de serv. prad.urb.l.8.C.de serv.* hoc incommodum non aliter vitari potest, quàm si à vicino impetremus, ut hanc suis ædibus servitutem imponat, ne altius tollantur: qua imposita si nihilominus altius ædificet, jam rectè cum eo agam, jus ei non esse ædes suas altius tollere; quæ intentio est actionis confessoriæ, qua servitus hæc, quæ dicitur altius non tollendi, vendicatur, licet verborum figura videatur negatoria, *l.4.§.ult. si serv.vend.* Crebra est hujus servitutis mentio, ut in *l.2.l.12.de serv. prad.urb. d.l.4.§.ult.l.7.§.1 com. prad.* Hic autem magna oritur difficultas. Nam si cuivis liceat ædes suas extollere, idque naturaliter & jure libertatis rei suæ, ut nulla in eam rem opus sit constitutione servitutis, qui fit, quod inter servitutes prædiorum numeretur etiam jus altius tollendi? Hoc enim nullam videtur habere rationē: contraria quippe sunt libertas & servitus. Et, si, non licere altius tollere, servitutis est, licere altius tollere, libertatis erit. Et tamen negari non potest, quin veteres non minus jus altius tollendi, quàm non tollendi inter servitutes retulerint. Factum id compluribus locis, à Paulo *l.1.de serv. prad.urb.l.7.§.1.comm. prad.* à Gaio *l.2.de serv. prad.urb.* Neratio, *l.2.de serv. prad.rust.* Justiniano, *§.2. inf. de act.* Tota verò difficultas in eo est, ut exempla proferantur, quibus ostendatur, jus altius tollendi quandoque inter servitutes rectè numerari. Etenim huic rei demonstrandæ minime idonea sunt, quæ afferentur à Glossa, *Bart. & DD. in l.2.de serv. prad. urb.* quæ ipsis prima est: nec item quæ à Gloss. *Dyn. Ias.* & alijs *ad §.2. inf. de act.* ut videre est in nostra illius loci interpretatione. Neque verum esse puto, quod *Cuiac. VVes. in d.§.2. & Vult.1. disc.5.* contendunt, jure servitutis constituta ædes altius tolli, cùm antea concesso aut longa quasi possessione quæsito contra vicinum jure altius non tollendi, rursus ei altius tollendi potestas conceditur. Hoc enim casu perinde res in pristinam libertatem redit, ac si pacto servitus remissa esset, ut eodem loco abundè ostendimus. Primus veterum interp. Io. Faber in *d. §. 2.* rem vidit & digito monstravit, præeunte tamen Glossa *in l qui luminibus 11.de serv. urb. prad.* ut observavit Cæpolla & explicuit *c.26. n.2.de serv.urb.* sed ille longius excurrit, & multa aliena miscet. Rectius & apertius recentiores, Zas. Baro, Mynſ. Donel. Fabri vestigiis insistentes, sic rem proponunt & declarant. Si de potestate ædificandi in suo nihil jure publico cautum sit, jus ædificandi aiunt esse jus libertatis nostræ, & licere cuivis civi, suo & publico jure quàm altissimè ædes suas tollere, etiamsi obscuret vicinas. Si verò alicubi lege civitatis certa ædificiorum forma atque altitudo præscripta est, quam excedere ædificando invito vicino non liceat, hic jus ædificandi hactenus quidem adhuc liberum esse & juris publici, ut si intra definitum altitudinis modum consistatur, adhuc liceat ædificare cum incommodo vicini, *d. l.qui luminibus.* Cæterum si supra eam altitudinem ædes extollere, v.c. ad 5. vel 6. pedes, velimus, quod jam iure publico invito vicino facere non licet, ut id nobis liceat à vicino impetrandum esse, *l. pen. §.1.C.de adif. privat.* eoque concesso, jus altius tollendi vicino servitutem esse, utpote qui jam incipiat pati in suo, quod antea pati jure publico non cogebatur; nobis jus, sed impositivum & constitutum à vicino, quod vindicetur hac formula confessoria; *Aio, mihi jus esse ædes meas altius tollendi invito te d.§.2 inf de act* ubi plenius hoc exposui, atque ex Tacito aliisque auctoribus, & textibus juris nostri demonstravi, etiam in ipsis urbibus, in quibus sedes imperij fuit, Romæ scilicet & Constantinopoli, jam olim certum fuisse ædificiorum altitudini præscriptum modum, ut mirum non sit. Jureconsultos, ad statum illum respicientes, jus altius tollendi inter species servitutum numerare. Adde, quo certo statu ædificiorum constituto hæc servitus etiam quæri potest præscriptione, si videlicet quis contra veterem formam longo tempore ædificatum habuerit, & nec vi nec clam, precario possederet, *l.1. C. de serv.* Poterat hic consisti, nisi nobis negotium facesserit Bachovius, qui in *not. ad Treutl. vol.1. disput.17. thes.2. & in comm. ad hunc §. & §. 2. inf. de act.* hanc etiam Neotericorum sententiam penitus explodit, contendens, jus altius tollendi & altius non tollendi non duas, sed unam eandemque servitutem esse, quæ aut diversa consideratione diversis nominibus appelletur, atque ex parte servitutem sibi asserentis dicatur jus altius non tollendi, ex parte negantis altius tollendi; aut potius jus altius tollendi impropriè servitutum numero adscribi, atque ita appellari tantum respectu vicini, qui me altius ædificante ipse contra ædificare & luminibus meis officere, jure constituta servitute, non potest. In summa, jus altius tollendi ex catalogo servitutum expungendum esse, & quoties ejus mentio fit, jus contrarium significari, videlicet altius non tollendi. Satis hercule confidenter: videamus,

6

mus, quàm verè. Gaius, *l. 2. de serv. prad. urb.* ex professo species urbanarum servitutum enumerans sic orditur: *Iura prædiorum urbanorum sunt, altius tollendi & officiendi luminibus vicini*: deinde subjungit, *aut non extollendi.* Hic si Bachovio credimus, Iureconsultus non duo inter se distincta jura significat, sed unum dumtaxat, altius non extollendi, quod solùm sit servitus. Pauli. *l. 7. §. 1 comm. prad.* hæc verba sunt; *Servitus alienis ædibus imponi potest, ut altius tollere vel non tollere liceat.* Hoc Bachovius sic accipit, quasi alterum tantùm Paulus expressisset, ut ne liceat altius tollere. Sed profectò si hoc Bachovio concedimus, summæ insciticæ insimulamus Iureconsultos, qui ex uno jure duo faciunt, atque inter se ut servitutes diversæ speciei, tam apertè opponunt. Itaque ut evidentius demonstremus errores Bachovij, putat ille, jus altius tollendi per se servitutem nunquam esse, sed hoc nomine appellari relatione facta ad vicinum, cujus ædibus imposita sit servitus altius non tollendi; propterea quòd hac servitute mihi constituta jus altius tollendi, quòd per se quidem semper sit libertatis, sed inutile mihi aliàs reddi vicino contra ædificante poterat, nunc pleniore jure, & effectu consequor. Hoc verò falsum esse ostendunt, quotquot sunt loci, in quibus jus altius tollendi inter servitutes numeratur; ut in *l. 2. de serv prad. rust. d. l. 2 de serv. prad. urb. d. l. 7. §. 1. comm. prad §. 2. inf. de act. l. 1. Cod. de serv. & aqua.* Quibus omnibus locis palam est, jus altius tollendi non ea ratione servitutem dici, aut ex eo æstimari, quod alter facere non potest in suo; sed ex eo simpliciter, quod alterum facientem jure imposititio pati cogitur. Hoc enim ipsum, licere altius tollere & officere luminibus vicini, jus prædij & servitus appellatur: jus respectu eius, cui id facere licet; servitus respectu vicini, qui id pati cogitur. Ac proinde si cui huius juris controversia fiat, licebit ei hoc vendicare hac formula; *Aio mihi licere ædes meas altius tollere.* Quæ & vi & verbis confessoria est, *d. §. inf. de act.* idque evidentissimè confirmatur *d. l. 1. C. de servit.* quo loco cùm quæsitum esset, an in eum, qui contra veterem formam ædificasset: ut luminibus vicini officeret, competeret vicino actio negatoria, qua intenderet, jus non esse adversario ædes ita sublatas habere, respondet Imp. competere: sed addit hanc exceptionem, *nisi quis longo tempore ita ædificatum habuerit.* Quippe longi temporis consuetudinem vicem obtinere servitutis. Quod si igitur jus altius ædificandi contra formam ædificiorum præscriptione quæsitum servitus est, nobisque defendi & actione confessoria vindicari potest, idem quoque jus, pactionibus eodem modo constitutum, servitus erit, non jus libertatis; eoque nomine confessoria, non negatoria agendum. Miror autem judicium Bachovij, qui his argumentis probari existimat, jus altius toliendi pro jure imposititio aut servitute censeri non posse; primum quia servitutum non ea natura est ut aliquis faciat quid in suo, sed ut aut non faciat, aut alium facientem patiatur. Secundò quia omnis servitus efficit, ut prædium serviat: at ædes, quas ex pactione contra usitatum modum tollere licet, nullo modo dici posse servire. Postremò quia servitus omnis onus prædij est, jus dominantis augens, servientis minuens. At concessione juris altius tollendi etiam servienti prædio restitui libertatem. Manifestus enim in his omnibus error est παρὰ τὸ ἄτοπον τῆς ἐλέγχου. Nam non quæritur, an jus altius tollendi contra præscriptum modum sit servitus in eo; cui id jus concessum est: hujus enim respectu jus est, quod servitutem facit; nihil minus, quàm servitus; & omnis servitus est in alieno, sed hoc, an non in eo, qui jus hoc alteri constituit, servitus sit: an non ille pati aliquid cogatur in suo, videlicet luminibus suis offici, quod anteà pati jure publico non cogebatur: an non ille eo pacto suum prædium servire faciat, jus sui prædij minuat, alterius augeat. Hoc verò est, quod nos asserimus, & abundè probasse existimamus. Stet igitur hæc sententia, jus altius tollendi nonnunquam esse jus libertatis nostræ, nonnunquam impositicium seu servitutem activè, aspectu eius, cui debetur, passivè in eo, qui debet. Utrum autem horum sit, eius rei dijudicationem pendere ex eo, quod cuique jure publico in suo facere ædificandoliceat, aut non liceat.

7

Ne luminibus vicini efficiat.] His verbis non videtur hoc loco nova demonstrari servitus, sed finis propositæ: est enim hic præcipuus finis servitutis altius non tollendi, ne luminibus nostris officiatur, qui ob id etiam plerumque simul exprimi solet, *l. 2. de serv. urb. l. 2. de serv. rust.* quanquam & alius dari potest, ne scilicet in ædes aut aream nostram prospectus pateat. Porrò quod ait, ne luminibus officiat, sic accipiendum est, ne officiat altius ædificando; non etiam ne alio modo, veluti arbore posita, ut quam minimum recedatur à libertate naturali. Quamobrem hoc plus erit in servitute, ne luminibus officiatur, quàm in illa, ne ædes altiùs tollantur, *l. 12. l. inter. 15. & 2 seqq. de serv. prad. rust.* A servitute ne luminibus officiatur, parum differre videtur servitus quæ luminum dicitur, atque ut hæc magis respicit novam luminum constitutionem, ita illa conservationem eorum quæ jam sunt, *l. 4. eod.* nisi fortè dicendum sit, in servitute luminum hoc minùs esse, quàm in altera, quod qui

8

hanc

hanc debet, altius ædificare non prohibeatur, aliaque facere, modò tantùm luminis vicino relinquat, quantum ad usum diurnum sufficiat: qui autem servitutem debet ne luminibus officiatur, nihil omninò facere possit, quo lumen minuatur, etiamsi vicini ædes luminibus abundent: quæ sententia est Pauli Castr. in *d. l. 4.* probata à Cæpoll. *c. 35. de serv. urb. arg. d. l. inter 15.* & eodem teste communiter recepta. Aliter *Cujac. 1. obs. 13. & Duar. 1. disp. 33.* servitutem luminum accipiunt, nimirum jus luminum nostrorum in alienum immittendorum, quo efficiatur, ut liceat nobis aperto pariete nostro fenestras in eo positas habere luminis excipiendi gratia. Sic enim illi interpretantur, quod Paulus scribit *d. l. 4. Luminum servitute constituta id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra accipiat.* Verùm hæc sententia impingit in notissimum illud
9 juris principium; *Vnumquemque in suo quidvis facere posse, vel cum incommodo alterius, modò in alienum nihil immittat. l. 8. §. Aristo si serv. vind. l. 9. de serv. prad. urb. l. 8. C. de serv. & aq.* Neque enim in alienũ quicquam immittit, qui suum parietem aperit & in eo fenestram ponit: ac proinde suo quisque jure facere potest, licet id vicino molestum sit, nec ad eam rem indiget constitutione servitutis. Verborum autem Pauli, ut vicinus lumina nostra excipiat, non hic sensus est, qui à Cujacio & Duareno his affingitur: sed hic, ut ita excipiat; ne quid contra erigat in suo, quod lumina præcludantur; quod alioqui servitute non constituta suo jure facere posset, *l. 9. de serv. prad. urb.* Imò verò, inquiunt, qui fenestram in suo ponit, aliquid immittit in alienum, quod non licet citra constitutionem servitutis: immittit enim oculos. At testimonio Xenocratis, μηδὲν ἀφιέναι ἢ τὰς πόδας, ἢ τὰς ὀφθαλμὰς εἰς ἀλλοτρίαν οἰκίαν τινὶ auctor *Plutarch. lib.* περὶ πολυπραγμ. Ego verò judico, hanc obiectionem indignam esse tantis viris, nec debuisse eos, quod à Xenocrate figuratè dictum est in homines curiosos, qui se ubique contra rationem officij ingerunt abuti ad demonstranda dogmata disciplinæ juris civilis. Nihil autem in contrarium facit *l. pen. eod.* quia apertè loquitur de pariete communi, in quo constat nihil licere facere invito socio, *l. 8. l. quidam 13. l. in re 26. eod. l. Sabinus 28. com. div.* Illud constat, diversam esse à superioribus servitutem prospectus, seu ne prospectui officiatur: nam servitute prospectus hoc continetur; ne quid nobis officiatur ad gratiorem prospectum ac liberum: & cùm lumen tantùm sit ex loco superiore, prospectus etiam ex locis inferioribus esse potest, *l. 3. l. 12. l. 15. & seq. de serv. prad. urb.* Sunt qui putant, etiam servitutem prospectus ut diversam gradu à servitute ne prospectui officiatur distinguendam esse, eadem scilicet ratione & proportione, qua præcedentes, luminum, & ne luminibus officiatur. Moribus ferè harum regionum, aut legibus municipalibus vetamur fenestram facere, unde directò proximè & de plano prospiciatur in aream vicini, præscripto certo spatio, quo distare huiusmodi fenestræ à pavimento vel tabulato debeant.

TEXTUS.

2. *Inter rusticorum prædiorum servitutes quidam computari rectè putant aquæhaustum, pecoris ad aquam appulsum, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.*

NOTÆ.

2. COMPVTARI RECTE] *l. 1. §. l. 2. §. 1. & 2. l. 3. §. ult. l. 4. l. 5. l. 6. in fin. l. 9. P. R.* Itaque corruptus procul dubio est locus Ulp. *l. 14. §. ult.* vers. *nam & haustus*, & ita restituendus; *Nam & haustus aquæ, & pecoris ad aquam appulsus est servitus: persona tamen eius, qui vicinus non est, utiliter relinquitur.* Res ipsa loquitur.

AQUÆ HAUSTUM] Cui haustus concessus est, ei quoque iter concessum videtur ad hauriendum, *l. 3. §. ult. P. R.*

PECORIS AD AQUAM APPULSUM] Ius adaquandi & appellendi pecora, quæ fundi causa habentur, ad aquam alienam.

ARENÆ FODIENDÆ] Sunt & aliæ id genus, *l. 3. §. 1. & 2. l. 5. l. 6. eod. l. 14. §. ult. in fin. de alim. leg.*

COMMENTARIVS.

1. *Explicatur & emendatur locus Vlpiani in l. Mela. §. ult. de alim. legat.*

DOcendi ratio postulabat, ut hîc §. protinus subijceretur principio huius tit. dilata tantispar tractatione servitutum urbanarum, cùm à rusticis cœptum esset. Sed hoc tanti non est, ut ob id maledictis impetendus sit Tribonianus, quasi temerum cùm hæc scriberet, bibisset: nollemque eò proterviæ processisse etiam viros cæterùm incomparabiles. Verùm age. Ait Imp. inter servitutes rusticorum prædiorum rectè computari aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsum, &c. Aquæ haustus est jus aquæ hauriendæ ex puteo vel fonte vicini, ad prædij nostri vel familiæ rusticæ usum & commoditatem. Qui haustum habet, iter quoque ad hauriendum habere videtur, sive ei jus hauriendi & simul adeundi cessum

cessum sit, sive hauriendi tantùm. Sed etsi tantùm adeundi ad fontem, placuit inesse & haustum. Cæterùm ex flumine publico, cùm sine servitute cuivis haurire liceat, haustus frustrà conceditur, iter cedi debet, *l.3.§.ult.de serv.prad.rust.Cæpol.c.7.* Pecoris ad aquam appulsus est jus adaquandi & appellendi pecora, quæ fructuum fundi causa habentur, ad aquam alienam. Utrumque autem hoc jus passim refertur inter servitutes prædiorum rusticorum, *l.1 §.1.l.2.§.1.l.3.§.ult.l.4.l.6.in fin.de serv. prad.rust.* Cæterùm objici solet responsum Ulpiani *l.Mela 14.§.ult.de alim.leg.* quo loco aquæ haustus & pecorum ad aquam appulsus dicuntur esse servitutes personarum: sic enim in omnibus codicibus locus iste legitur; *Nam & haustus aqua & pecoris ad aquam appulsus est servitus personæ, tamen ei qui vicinus non est utiliter relinquitur.* Verùm hic locus, si ullus in libris nostris, manifestè corruptus est, idq; cuivis, qui modò propiùs eum consideret, facilè erit deprehendere. Laborat autem duplici vitio; primum quia mendosè interpunctus est; deinde quia omissa est negatio in postremis verbis: omninoque ita restituendus est; *Nam & haustus aqua & pecoris ad aquam appulsus est servitus, persona tamen eius, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur*, vel detracta privativa, *utiliter.* Nisi etiam ita legamus, μηδὲν ὑγιὲς. Nec sententia loci, nec ratio juris de his servitutibus constabit, nec quicquam in eo loco erit, quod cohæreat. Consulebatur Jureconsultus de fidei commisso, quo aqua relicta erat ei, qui vicinum prædium non habebat; respondet, utile esse fidei commissum, nec obstare quod aqua hæc relicta proponebatur non possessori vicini prædij: nam quod personæ relinquitur, ut in proposito aqua, id non vicino quoque rectè relinqui, quantumvis tale sit, quod regulariter jus prædij censetur. Argumento esse aquæ haustum & pecoris ad aquam appulsum, quæ cùm natura sua servitutes prædiorum sint, tamen ei, qui vicinus non sit, utiliter constituantur: non utique ut jura prædij, sed personæ: quod etiam toties actum intelligitur, quoties res gesta est inter duos, qui vicina prædia non habent, qua de re monuimus in explicatione rubricæ sub finem.

Pecoris pascendi] *d.l.1.§.1.l.3.pr. l.4.eod.* servitus pascui dicitur, *l.6.in fin.eod.* Est autem jus pascendi pecora in fundo alieno. Si plurium commune est, jus compascui appellatur, *l.pen §.1.si serv.vend.* Hinc ager compascuus, in quo vicinis jus est communiter pascendi. Fest. in voce *Compascuus.* Cic. *in Top. Si compascuus est ager, licet compascere.* Cæterùm ita pecoris pascendi jus servitus prædij videtur, si fructuum fundi causa pecora habeãtur, *d.l.4.eod.* quod ita sit, si sint boves aut jumenta, per quæ fundus colitur, *d.l.3.in pr.* Semper enim hoc tenendum est, servitutem prædij non posse constitui ultra quàm ad prædium ipsum opus est, *l.5.eod.* Idem tamen dicendum erit, si oves sint aut vaccæ ad lac præbendum, butyrum, caseum conficiendum, quibus ad victum familiæ rusticæ utamur. Qui servitutem pascui habet aut pecoris appellendi, ei etiam talis constitui potest, ut tugurium ibi habere liceat, ut si hyems iugruerit, habeat, quò se recipiat, *d.l.6.in fin.eod.* De jure pascendi latè. *Capoll.c.9.de serv.prad rust. Schneid. hic n.28. & seqq.*

Calcis coquendæ, arenæ fodiendæ] *d.l.1.§.1.* item lapidis cædendi, cretæ eximendæ, pedamenta ad vineam ex vicini prædio sumendi, *d.l.3.§.1.& 2.l.5. l.6.eod.* Omnes autem, quæ hujus generis sunt servitutes, eò pertinent, ut quid ex alieno sumere liceat, quod transferatur ad usum prædij nostri. Eo autem etiam illud contineri intelligitur, quod confertur in familiam rusticam & pecora, quæ fundi colendi causa habentur, *d.l.3.in pr.l.4.l.5.& 6.eod.* Sed & si quid in alieno facere nobis commodum sit quod pertineat ad fructus prædij nostri exprimendos, meliúsve habendos, placet, etiam eius rei servitutem prædialem rectè constitui, quasi ad prædij utilitatem & hoc pertineat, quod pertinet ad fructus commodè ad usum habendos: quippe quorum causa prædium ipsum habetur. Huius generis sunt jus præli sive torcularis, ut mihi liceat uvas vineæ meæ, aut olivas oliveti exprimere in tuo; jus area tua utendi ad exprimenda frumenta aut legumina; item ut fructus in vicini villa cogantur, coactíque habeantur, *l.14.§.ult.de alim.leg.3 §.1.de serv.prad.rust.*

TEXTUS.

3. *Ideò autem hæ servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædijs consistere non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici prædij, nisi qui habet prædium, nec quisquam debere, nisi qui prædium habet.*

NOTÆ.

3. IDEO HÆ SERVITUTES] Ex Ulp. *l.1.§.1.l.6. comm.prad.*

NISI QUI PRÆDIUM HABET] Nam & à prædijs debentur hæ servitutes, & debentur prædiis. Sed & vicina esse prædia oportet, *l.5.§.1.P.R l.38. & seq.P.V.* ut tamen inter medium prædium non officiat, si non impediat usum servitutis, *l.7.§.ult.l.ult. P.R. l.1.P.V.R.l.1.P.V.l.7.§.1.comm.prad.*

COMMENTARIVS.

AGitur hic de subjecto sive materia servitutum prædialium, id est, de rebus, in quibus consistunt, & à quibus ob eam causam nomen quoque acceperunt. Sunt autem hæ res non omnes, sed immobiles tantùm sive res soli, quæ uno nomine prædia appellantur. Sive enim rem spectes, quæ servitutem debet, sive id, cui debetur: utrimque prædia esse necesse est: hinc ut sit, cui imponatur servitus; illinc ut sit, cui acquiratur: unum ut serviat, alterum ut dominetur. Quamobrem nemo potest prædio servitutem vel imponere, vel acquirere, nisi qui habeat prædium, hoc est, qui prædij dominus sit, *l.1.§.1.l.6.comm.prad.& hoc text.* Domini autem appellatione etiam emphyteutam & superficiarium comprehendimus, tam in persona constituentis, quàm acquirentis, *l.1.§. ult.de superfic, l.1.§.1. si ag. vect.* Cæterùm his obstare videtur, quod traditur *l.10.de serv.prad.rust.l.si servitus.23.§.1.de serv.prad.urb.* futuro quoque ædificio seu nondum ædificato servitutem vel imponi vel acquiri posse, si quidem eius ædificij, quod nondum est, nemo potest dici dominus. Sed facilis responsio est, nimirum hic quoque constitutionem servitutis referri ad prædium, sed servitutis jus esse in suspenso, donec ædificium extruatur, in quo consistat, quasi sub tacita conditione constitutum. Eadem ratione & fidejussor dicitur futuræ obligationi accedere posse, *l.6.§.ultim.de fideiuss.§.3.inf eodem*, non quidem hoc effectu, ut antequam reus debeat, fidejussor conveniri possit: sed ut demum fidejussio vim suam exerat, cùm principalis obligatio, cuius illa accessio est, fuerit subsecuta, *l.fideiussor.57.eod.tit.* De vicinitate prædiorum, & utilitate dominantis actum est sub rubric.

TEXTUS.

4. *Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam quis testamento heredem suum damnare, ne altius tollat ades suas, ne luminibus vicini officiat: vel ut patiatur eum tignum in parietem suum immittere, stillicidiumve adversus eum habere: vel ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquámve ex eo ducere.*

NOTÆ.

4. PACTIONIBUS] Idoneis ad dominium transferendum. Non solis autem pactionibus servitutes nostræ fiunt, *l.3.D.de obl.& act.* sed tunc cùm secuta est traditio naturæ harum rerum conveniens, *l.ult.D.de ser.l.1.in fin.P.R.l.11.§.1.de publ.in rem act.* Pactiones tituli sunt & causæ acquirendi remotiores, modus acquirendi & causa proxima, *§.40.sup. de rer.divis. l.20. C.de pact.*

NE TOLLAT, UT PATIATUR] His verbis exprimitur natura servitutum, *l.15.§.1.de serv.* sumpta hæc ex *l.16.com.prad.*

COMMENTARIVS.

1. *Communi prædio ab uno ex dominis neque constitui neque acquiri servitutem posse.*
2. *Non nudis pactionibus, quantumvis ad transferendum comparatis, servitutem acquiri, sed facto aliquo, quod traditionem representet.*
3. *Suprema voluntate servitutem constitui ipso iure.*
4. *Quemadmodum usu & possessione nostra servitus capiatur.*
5. *Explicatur latiùs, quod de constitutione & acquisitione servitutis dictum est n.2. & refutatur singularis Bachovij opinio.*
6. *Quibus modis servitutes amittantur.*

FAlsò Mynsing. & Pac. existimant, hoc loci materiam tradi, ex qua servitutes prædiorum constituantur: conventio enim & ultima voluntas non materiæ, ex qua, sed causæ efficientis rationem habent, cùm sint servitutum constituendarum modi. Est autem insignis hic locus, dignusque in quo explicando plusculum operæ ponatur. Servitus prædij à lege non constituitur: sed potest re exigente à judice constitui in judicijs familiæ erciscundæ & communi dividundo, in pluribus prædiis dividendis, unum uni, alterum alteri adjudicante, & unum alteri servum faciente, *l.item Labeo.22.§.fam.3.erc. l.ut fundus.18.com.div.* Extra hunc casum à solo prædij domino constituitur. Cæterũ & longa quasi possessione nostra acquiritur. De domino jam aliquid dictum §. præc. addo nunc, hoc etiam exigi in constituente, ut sit dominus prædij totius, non pro parte indivisa; communi prædio unum ex dominis ne pro parte quidem sua servitutem imponere posse, *l.2.de serv.l unus de serv prad.rust.* nisi fortè pariter omnes cedant: tunc enim omnes non alienæ, sed suæ parti servitutem imponunt. Quod si diverso tempore id fiat, novissima cessione

sione superiores confirmantur, *l. 6. §. 1. l. ult. comm. prad. l. 11. de serv. prad. rust.* Benignè quoque propter conventionem receptum est, ut, qui antè cessit, vetare me uti jure cesso non possit, *d. l. 11.* Quæ omnia etiam in persona acquirentis servantur: nam nec acquirere quisquam prædio servitutem potest, nisi qui ejus prædij solus sit dominus, *l. 1. §. 1. l. 5. l. 6. in fin. l. 8. comm. prad.* & in pluribus acquirentibus eadem distinctio est, quæ in pluribus constituentibus, *d. l. 6. §. 1. l. ult. eod.*

Constituitur à domino servitus duobus modis,
2 conventione, & ultima voluntate, *l. 5. de serv. l. potest, 16. comm. prad. & hoc text.* In conventionali constitutione duo ad acquirendam servitutem requiruntur: pactio ad transferendum comparata, cujusmodi est stipulatio, emptio, donatio, permutatio: *l. nunquam. 31. de acq. rer. dom.* & traditio, seu id, quod traditionis vicem in re incorporali obtinet, puta inductio in prædium servum, aut usus acquirentis, & domini constituentis patientia, *l. ult. de serv. l. 1. in fin. de serv. prad. rust. l. 11. §. 1. de publ. in rem act. per l. 3. in pr. de usufr.* Nam quemadmodum pactionis nudæ non ea vis est, ut rem corporalem nostram faciat; *l. traditionibus 20. C. de pact.* ita nec per se sufficit ad acquirendam servitutem, *l. 3. de obl. & act. d. l. 11. de publ. in rem act.* Olim hic frequens erat cessio, *l. nemo 38. de serv. prad. urb. l. 3. §. 2. & 3. l. 11. l. per quem 14. de serv. prad. rust. l. ult. com. prad.* & videtur ea necessaria fuisse in constitutione servitutum; quæ in eo consistunt, ut dominus aliquid non faciat in suo; puta ne ædes altius tollat; ne luminibus vicini aut prospectui officiat. Nam ejusmodi jura quomodo per usum & patientiam constitui possint, non video: aut sane
3 inductio in prædium hic etiam pro traditione fuit. Suprema voluntate servitus constituitur, cùm ea alicui testamento legatur, *tit. de serv. leg.* in qua constitutione nihil præter voluntatem defuncti desideratur ad acquirendam servitutem, sed statim ei, cui legata est, absque ulla cessione aut traditione hæredis acquiritur, *l. ult. d. tit l. si partem 19. §. 1. quem. serv. am.* neque distinguimus amplius inter servitutem legatam per vendicationem, & legatam per damnationem, *vid. notata §. 1. tit. seq.* Modus per usum ac possessionem nostram servitutem
4 capiendi duplex. Unus communis cum usucapione rerum corporalium, si quis eam à non domino, quem dominum existimabat, constitutam per tempus legitimum continenter possederit, *l. ult. in fin. C. præscr. long. temp.* Alter servitutum proprius, si nullo quidem titulo præcedente, cæterum nec vi nec clam, nec precario, id est domino prædij servientis sciente & patiente, per continuum definiti temporis spatium servitute usi sumus, *l. 10. si serv. vend. l. 1. in fin. de aq. pluv. arc. l. 1. & l. 2. C. hoc tit.* ut hic scientia & patientia domini loco tituli aut boni initij & traditionis sint possidenti, & longi temporis consuetudo vicè servitutis obtineat. In priore specie titulus necessarius est, uti semper cùm initium possessionis est à non domino, *inf. de usuc. in pr.* sed tunc dominum nihil juvat ignorantia, *d. l. ult. C. de præscr. long. temp.* In posteriore scientiam exigimus, titulum non item, alioqui tradita statim sine usucapione acquireretur, sententia communis: à qua frustra recedit *D. Duar 1. dis. 34. add. D. Christ. vol. 3. decis. 177. n. 4. & 5.* & nostra *lib. 1. select. q. cap. 31.*

Pactionibus & stipulationibus] His verbis putan- 5
dum non est à constitutione servitutum excludi traditionem: sed eodem modo ac sensu hic accipienda sunt, quo accipi constat, cùm ususfructus similiter dicitur pactionibus & stipulationibus constitui, *§. 1. tit. seq.* nimirum non ut significetur id, quod in constituendo extremum est, & excludatur traditio: sed ut monstrentur media & viæ, per quas hæc jura inducuntur. Extremum est, quo constituta servitus acquiritur. Id verò non est pactio aut stipulatio: sed traditio servitutis ex pactione præcedente. Pactiones tituli sunt, non modi acquirendi, *§. per traditionem. 40. sup. de rer. div.* Cæterum quia traditio nihil transfert, nisi præcedat idonea conventio, sive causa, propter quam traditio secuta sit, *l. nunquam 31. de acq. rer. dom.* ideo pactionum & stipulationum meminit, ut causarum acquirendi, & in constitutione servitutis traditionem necessariò præcedentiū, non ut traditionē removeat. Quemadmodum ex contrario cum dominia rerum traditionibus acquiri dicuntur, *l. traditionibus. 20. l. de pact.* non propterea removentur tituli sive causæ acquirendi remotiores, sed extremum in acquirendo significatur, id est, modus acquirendi & causa proxima: uti & cùm ususfructus & servitutes dicuntur constitui per traditionem vel patientiam, *l. 11. §. 1 de publ. in rem act. l. 1. in fin. de serv. prad. rust. l. 3. de usufr.* Hoc ideo diligentius monendum fuit, quia video, D. Bachov. in ea esse hæresi, ut existimet, nudis pactionibus & promissionibus solis servitutes prædiales plenè perfectéque constitui, atque acquiri citra ullam traditionem aut cessionē: ac proinde etiam statim ut in conventionem deductæ sunt, actionem in rem competere. Quo quidem ego nihil unquam audivi, quod à ratione & auctoritate juris magis abhorreat. In toto enim jure modi acquirendarum obligationum distinguuntur à modis acquirendi res in obligationem deductas, sive corpora sint, sive servitutes. Modi quibus obligatio quæritur, sunt contractus & con-

ventiones; quibus dominium rei in obligationem deductæ, traditiones, & in rebus incorporalibus ea facta, quæ traditionem diximus repræsentare. Si igitur stipulanti mihi viam aut iter promiseris, ex hac conventione non acquiritur mihi jus eundi aut agendi, quod actione in rem confessoria vendicare possim, sed obligatio duntaxat & actio personalis ex stipulatu, qua intendam, *te mihi viam aut iter dare oportere, l.2. §.1. & 2. de verb.obl. l. si unus, 9. de serv. prad.rust.* Tunc demum dominium servitutis nanciscor & actionem in rem, cùm conventionem secuta est traditio naturæ rerum incorporalium conveniens, *l. ult. de serv.l. in fin de serv. prad rust.l.11 §.1. de publ.in rem act. l.3. de usufr.* Denique definitio tradita *l.20. C. de pact.* traditionibus, non nudis pactis dominia rerum transferri, generalis est, nec minus ad servitutum, quàm rerum corporalium acquisitionem pertinet, *l.3. de obl.& act.* quo loco disertè de servitute idem quod de corpore Iurisconsultus definit, eam quæsita nobis ex contractu obligatione nostram non fieri, sed tantùm debitorem obstringi ad eam nobis dandam aut præstandam. Quid ergo est, quod Bachovium moverit in contrarium? Primum quod hic ait Iustinianus pactionibus & stipulationibus servitutes constitui. At idem de usufructu quoque dicitur *§.1. tit. seq.* ad cujus tamen constitutionem fatetur Bachovius traditionem aut patientiam esse necessariam. Deinde quia Papinian. *l.4. de serv.* scribit, servitutes ipso jure, neque ex tempore neque sub conditione constitui posse: cæterum si hæc adjiciantur, vindicantem contra placita servitutem pacti vel doli exceptione repelli. Quasi ex eo necessariò sequeretur servitutem per solam promissionem constitui, & perinde sit, ac si Iurisconsultus dixisset, servitutem neque ex tempore neque sub conditione promitti posse. Vitiosa planè collectio, & falsa quæ sequitur propositio. Aliud enim est promittere, aliud constituere servitutem. Qui promittit, actu nihil juris in rem alteri constituit, nihil dat; sed obligat se, ut det. Nec potest ulla excogitari ratio, cur minus servitutes, quàm res cæteræ, ex die aut sub conditione rectè promittantur; ut neque ante diem peti possint neque ante quam condicio extiterit, debeantur. Quæ vis est harum adjectionum, *§.2. inf. de verbor. obligat l. cedere diem 213. de verb. signif. l. existimo, 98 de verbor. obligat.* At constituere servitutem est actu eam imponere, & efficere, ut jam sit quæsita prædio, *§. prac. l.1 §.1 comm. prad.* Quid verò Papinianus? Non ait, servitutem ex die aut sub conditione promitti non posse, sed non posse ipso jure constitui ex die aut sub conditione; id est, *ut recte Ioan. apud Accurs.* sic constitui, ut statim sit constituta & prædio acquisita; sed adjecta die aut conditione, in quæ usus servitutis & vindicatio differatur. Quod certa ratione juris efficitur: nam cùm servitus semel prædio acquisita est, fieri non potest, quin à domino prædij jure vendicetur, *l.1. si serv. vend.* Cæterùm ex æquitate juris prætorij est, quod placitum ope exceptionis servetur. Fefellit Bachovium, quod putavit, si quid præter pactionem aut promissionem ad constituendam servitutem desiderari posset, id esse solum usum ejus, cui constituitur, & patientiam constituentis: quibus sanè in specie à Papiniano proposita locus esse non potest, cùm sint contradictoria, usu servitutem constitui, & usum servitutis differri. Sed nos jam antè ostendimus, etiam alijs modis ad conventionem accedentibus servitutem posse constitui & prædio acquiri, per inductionem scilicet in fundum servum, & cessionem; qua cùm veteres ferè semper usi sint in constituendis servitutibus, hoc ipsum satis argumenti est, sola conventione constitui & imponi non potuisse. *add. Conan. 4. com. 8. Don. 11. com. 10. Paul. Bus. ad d.l. 4.*

Haredem suum damnare, ne altius tollat, &c. vel ut patiatur, &c.] Hæc descripta sunt ex Gajo *l. potest, 16. com. prad.* Legati damnationis meminit, non quod servitus per vendicationem legari nequeat, contrariũ enim docet *tit. de serv. leg.* sed aut exempli causa, aut quia servitutes omnes per damnationem legari possunt, per vendicationem nõ item: neque enim quæ in non faciendo posita sunt, per vendicationem legari posse videntur, veluti ne hæres altius ædes tollat, ne luminibus vicini officiat. His autem verbis, *ne tollat, ut patiatur*, expressit naturam & substantiam servitutum, quæ duarum harum rerum consistit in altera, vel ut dominus aliquid in suo non faciat, vel ut aliquid in suo fieri patiatur, *l. quotien 15. §.1. de serv.* de quo dictum sub *rubr.* Rectè fecisset Tribonianus, si hic aliquid subjecisset de amissione servitutum, juxta præscriptum, *l. ult. de legib.* quod observavit in usufructu *tit. seq.* & passim in hoc libello. Suppleamus ergo quod hic deest. Amittitur servitus primùm 6
soluto jure auctoris, verbi gratia, si rei sub conditione legatæ imposita sit, & conditio extiterit, *l.11. §.1. quemad serv. am. l. si fundus. 105. de cond. & dem.* Item si prædio emphyteutico aut beneficiario imposita sit ab emphyteuta aut vasallo, & quo casu hæc prædia ad dominum redeant, *c.1. §. quid ergo de invest. de re al. fact. in usib. Feud.* quippe resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis, ut notatur in *l. lege 31. de pign.* Amittitur secundò remissione, tum aperta: *l.14. §.1. de serv.* tum tacita; putà si permisero

misero domino fundi servientis in loco serviente id facere, quo servitus impediatur, *l 8. quem serv. am.* Tertiò amittitur confusione, cùm prædia confusa sunt, sive cum idem utriusque prædij dominus esse cœperit, *l. si quis 30. de serv. prad. urb.* Quod si partem tantùm prædij nactus sim, quod mihi aut cui ego serviam, placet servitutem non confundi, *l. una 18. l. via 23. §. ult. de serv. prad. rust. VVes. par. de serv. n. 9. Cantiunc. hic.* Sed & si cùm mihi per plurium fundos servitus deberetur, unum tantum atque alterum, non omnes acquisiero, servitus per cæteros retinetur, *l. si cum 15. quem serv. am.* Postremò finitur etiam non utendo; si videlicet nemo servitute usus sit, neque is, cui debetur; neque possessor prædij dominantis, amiscúsve aut hospes; &c. *l. usu 20. eod.* aut si quis loco quidem usus sit, sed non jure servitutis; aut jure quidem servitutis, sed non servitute constituta, *l. 10. & seq. l. si quis 18. l. ult. eod.* cæterum ita, si nemo usus sit per constitutum continuum tempus, *l. 7. eod. l. 6. de serv. prad. urb.* quod tempus est decem vel viginti annorum; *l 13. C. de serv.* Enimverò si servitutis usus continuum aut quotidianum tempus non habeat, fortè quia alternis annis aut mensibus constituta est, duplicato constituto tempore non utendo amittitur, *d. l. 7.* id est, adversus præsentes 20. annis, adversus absentes 40. Idemque & in longioribus intervallis pro ratione & facultate utendi statuendum. Quicunque verò aut nostro aut prædij nomine usus sit, possessor, mercenarius, hospes, amicus, colonus, fructuarius, tenebimus servitutem, *d. l. usu 20 & 4. seq. quem serv. am.* Ad urbanarum servitutum amissionem etiam aliud præterea requiritur: has enim placet non aliter perire non utendo, quàm si vicinus simul libertatem ædium suarum usuceperit: veluti in servitute altius non tollendi, si per statutum tempus altius sublatum habuerit ædificium, & insuper ipse per idem tempus ædes possederit, *d. l. 6. de serv. prad. urb.* Hoc ita tam variè, quia cùm rusticarum usus positus sit in solo exercitio & facta ejus, cui debentur, solum quoque ejus non usum placet sufficere ad amittendam tempore servitutem. Contra urbanæ quia nihil exercitij habent, sed in sola ejus, qui debet, patientia consistunt, non utendo amitti nequeunt; ideoque non sufficit, sublatum esse opus, quod servitutis retinendæ causa habebatur, nisi simul is, qui servit, hac occasione utens ad libertatem rei suæ usurpandam aliquid contra servitutem moliatur in suo, ut eleganter *D. Connan. 4. comm. 12.*

TITULUS IV.

De Usufructu.

Continuatio. Variæ servitutum personalium species: summa eorum, quæ hoc tit. tractantur.

HActenus de servitutibus rerum sive prædiorum: sequuntur servitutes personarum, sic dictæ, quia sunt jura personæ in aliena re constituta: siquidem ex re, cui servitus debetur, distinctio ista servitutum petita est, ut ostendimus initio tit. præc. Species servitutum personalium multæ sunt & variæ. Etenim sciendum est, etiam jura, quæ natura sua realia sunt, ita constitui posse, ut ex ea constitutione personæ tantum acquisita esse intelligantur; veluti si in constituendo persona demonstrata sit cui sola ea præstentur; *l. 4. de serv. prad. rust. l. Mela. 14. §. ult. de alim. leg.* vel si constituta sint ei, qui prædium non habet, aut non habet vicinum. Sed & servitus personæ constitui potest, ut pomum decerpere, ut spatiari, ut cœnare in alieno liceat; quanquam prædij non potest, per *l quoties 15. in fin. de servit. l. 5. §. & belle. de op. nov. nunc. l. 1. §. præterea 12. & l. 3. pr. de aqua cotid. d. l. Mela in fin. de alim. leg. Coras. Duar. Costal. ad l. 8. de serv Hotom. 8. obs. 20. Cyn. ad rubr. C. de usufr. post. Pet & Hugolin. Glossatores*, utut *D. Cujac. 24. obs. 22.* id neget, & ejusmodi pactionibus non servitutem aliquam constitui & acquiri, accedente licet patientia constituentis, sed nudam ac simplicem obligationem, ut patiaris me in tuo ea facere, asserat, secutus *Gloss. Bart. Castr. in d. l. 8. de serv.* Cæterùm hæ & similes servitutes personales innominatæ sunt & irregulares: nisi eas ad usum referas ad certum modum constitutum, cum *D. Donell. 11. comm. 1* Nominatarum autem & vulgarium tres duntaxat species sunt; ususfructus, usus, & habitatio. Operæ enim servorum vix est, ut servitutibus personalibus adnumerari possint: tum quia non ex persona ejus, cui debentur, sed ex persona operarij æstimantur; hoc est, ex persona ejus, qui eas præstat, aut stant aut intereunt: *l. 2. de oper. serv. l. 2. de usufr. leg.* quod & nomen operarum satis ostendit: tum quia non juris sunt, ut vindicari possint, sed totæ in actu & ministerio hominis consistunt, *l. 1. d. tit. de op. serv. Hotom. illust. quæst. 41. Cujac. 7. ad African. ad l. quæsitum 37. hoc tit. de usuf.* Cæterùm in plerisque usum vel usumfructum imitantur: *l. 3. 4. 5. de op. serv. l. 2. de usufr. leg. l. 5. §. ult. usufr. quem sanv.* Ex tri-

bus autem istis, quas dixi, princeps species est usus fructus: deque eo solo hoc titulo agitur; de usu & habitatione *tit. seq.* Quatuor autem hic ordine exequitur Imp. Primum docet, quid sit usus fructus; deinde quibus modis constituatur; tum quibus in rebus consistat: postremò quibus modis finiatur.

TEXTUS.

Usus fructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia. Est autem jus in corpore, quo sublato & ipsum tolli necesse est.

NOTÆ.

Usus fructus] Usus fructus & jus personarum sunt servitutes, non rerum, *l. 1. D. de serv.* Iura quoque sua natura realia interdum personalia fiunt, veluti si persona demonstrata sit, cui soli præstentur, *l. 4. P. R.* vel si constituta sint ei, qui prædium vicinum non habet.

Alienis rebus] Hoc commune est omnium servitutum, nemini enim res sua servit, *l. 5. pr. si us. pet. l. 26. P. V.* Habet quidem & dominus jus utendi re sua, sed non separatum à jure dominico.

Salva substantia] Proprium seu modus: ut scil. res salva servetur domino, non consumatur, corrumpatur, inve aliam formam transmutetur, *l. 13. §. pen. h. t.*

Quo sublato] Vel ita mutato, ut in alienam speciem & nomen transierit, *l. 5. §. 2. 3. & ll. seq. quib. mod. us. am.* Sumpta hæc ex *l. 1. & 2. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid in definitione proposita verbo juris significetur.*
2 *Quid fructuario tribuat tum jus utendi, tum jus fruendi.*
3 *Quid juris sit, si fructuarius nondum perceptis fructibus, aut mercede locationis nondum soluta decesserit, remissivè.*
4 *Colonum, creditorem ἀντιχρώμενον, legatarium proventus annui, jus ad rem tantum, non in re habere.*
5 *Usumfructum formalem semper esse in re aliena: & quo sensu dicatur in multis pars esse dominij.*
6 *Neque maritum, neque hæredem fiduciarium, neque emphyteutam definitione contineri.*
7 *Quid his verbis definitionis, salva rerum substantia, indicetur.*
8 *In fructu non esse, quod non percipitur ex eo usu ad quem res parata est.*
9 *Cautionem fructuariam à testatore remitti non posse: ab hærede posse. & quid si fructuarius propter inopiam fidejussorem invenire non possit.*
10 *Quid sibi velit, quod dicitur, sublato corpore usumfructum tolli.*

I*Vs alienis rebus utendi fruendi, &c.*] Ex Paulo *l. 1. hoc tit.* Ait, *est jus.* Hoc sic nonnulli accipiunt, quasi dixisset, est servitus personalis, ut definitio contineat genus proximum definiti. Sed parum considerate. Etenim inconcinna & inepta est ista 1
locutio, si dixero usumfructum esse servitutem utendi fruendi re aliena: quippe cùm servitus sit in serviente, uti autem & frui ejus sit, cui servitus debetur, & actio servituti contraria. Ius vim agendi, servitus patiendi significationem habet. Animadvertere debuerant, servitutes omnes jura dici & definiri solere, respectu ejus cui constitutæ sunt, tanquam personæ primariæ in hoc jure; atque eodem respectu etiam usumfructum definiri, habita scilicet relatione ad fructuarium: verbum quoque juris adjungi verbo faciendi, quod cum fit, in usu perpetuo juris, & omnium Latinè loquentium, facultatem & potestatem eo vocabulo significari. Nec metuendum est, ne hac significatione admissa definitio non reciprocetur cum re definita: nam potestatem hanc sive jus sequentia definitionis verba sic temperant, ut jura affinia satis hinc removeantur: & porrò ex locis, ubi hæc definitio traditur, serieque tractationis, sponte intelligitur, subaudiri oportere, jus hoc ex constituta servitute competere, & personæ fructuarij cohærere.

Utendi fruendi] Forma & finis. Duo autem hæc ferè conjungi solent, *uti frui*, licet fructui usus insit, nec interfit, fructus, an usus fructus legetur, *l. per servum 14. §. 1. de usu & hab. l. antepen. de usufr. leg.* nisi corpus, non jus demonstrare volumus, *l. vacca 43. de evict.* His autem verbis à fructuario removetur jus omne in rem, præter usum & fruitionem, rei fructuariæ alienatio, mancipiorum manumissio, proprietatis oppignoratio, *l. 6. l. 7. C. hoc tit.* Ius utendi hoc tribuit fructuario, ut rem fructuariam tractare & exercere possit ad usum & commoditatem suam, ut tamen id faciat secundùm rei conditionem, eamque exerceat ad eum usum, ad quem natura aut patrisfam. instituto parata est. Etenim ædibus ut ædibus utendum ad inhabitandum, fundo ad fructum capiendum, servis ad operas, vestimentis ad induendum, cæteris rebus secundùm suam naturam, extra quam qui utitur, abutitur: quod latius explicatur *l. 13. §. ult. leg. 15. §. 1. & seqq. eod.* Jus 2
fruendi

fruendi ei hoc tribuit, ut fructus omnes percipere possit, & percipiendo sibi acquirat, non naturales tantùm, quæ ex re fructuaria proveniunt, sive spontè, sive opera fructuarij; verum etiam civiles, qui per causam rei obveniunt, putà pretium venditionis, vecturas, mercedes locationis, &c. In summa, omnis reditus, omnis obventio, omnis utilitas, commodum omne, quod vel ex ipso corpore sive re fructuaria, vel occasione eius percipitur, fructuarium sequitur. *l. 7. l. 9. l. arbores 59. §. 1. hoc tit. l. 13. quib. mod. usf. am. l. qui scit 25. l. in pecudum. 28. de usur.* Atque hinc rectè colligunt DD. usufructu castri sive jurisdictionis concesso, posse usufructuarium antiquas investituras renovare: *Menoch. lib. 1. cons. 66.* ad eum pertinere mulctas & pœnas pecuniarias, emolumenta sigilli officialium: *Schneid. ad §. 1. hoc tit. Molina. ad consuet. Paris. §. 1. Glos. 1. n. 51. Ioan. del Castill tract. de usufr. c. 36. n. 29 post Bart. Ias. & alios antiquos*, legato usufructu universitatis bonorum, cui jus patronatus annexum sit, jus præsentandi fructuario competere: *Menoch. d. cons. n. 6. Molin. d. loc. n. 3. Castill. d. cap. 36. n. 35.* ad usufructuarium proprietatis pertinere non tantùm canonem annuum, sed etiam, si stante usufructu res emphyteutica alienata sit, laudemium, *Clar. §. emphyteusis quæst. 23 num. 5. Chass. ad consuet. Burg. rubr. 4. §. 6. n. 8. Castill. d. cap n. 45.* Et secundùm hos ipse aliquando ex facto consultus respondi, miratus Bachovium, qui hoc axioma damnat, ut impossibile, ut dictu & auditu absurdum, *not. ad Treut. vol. 1. disp. 16. thes. 11.* Sed & apud nos à supremo Senatu judicatum est, bonorum omnium usufructu legato; etiam reditus vitalitios, tanquam fructus, lucro fructuarij cedere debere, *teste C. Iacobo Coreno obser. rer. à supr. Sen. jud. 7.*

3 Cæterùm quod alibi dictum, hoc loco repetendum est, fructuarij non aliter fructus fieri, quàm si ipse eos perceperit, aut alius eius nomine & ideò si maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, hæredem eius in iis, qui terra tenentur, nihil juris habere. *§ is verò 36. sup. de rer. div. l. 13. quib. mod. usf. am. l. 8. de ann. leg.* An verò idem & in civilibus fructibus, putà usuris, mercedibus locationis, obtinere debeat, ut scil. fructuario ante diem, qui solvi debeant, mortuo, nihil ad hæredem eius pertineat, an pro rata temporis, quo ususfructus steterit, inter hæredem eius & proprietarium dividi debeant, dixi sub *d. §. is verò*. De commodis, quæ fructuarium sequuntur, qui plura nosse desiderat, adeat *Don. 10. com. 7. & 8. Castil. cap. 36. & 37. tract. de usuf.* Habet & colonus, & creditor ἀντιχρησθεὶς,
4 facultatem utendi fruendi re aliena: cæterum illi jus tantum habent ad rem, & in personam locatoris aut debitoris, hoc est, locatorem & debitorem ex contractu tantùm sibi obligatos habent ad hoc, ut præstent uti frui licere: unde & iis actio eo nomine in personam duntaxat competit; colono, ex conducto, *l. 15. locat.* creditori in factum *l. 11. §. 1. de pign.* Ius autem in rem, & quod proprium eorum dici possit, de quo hic quæri constat, nullum habent: quippè quod non acquiritur, nisi traditum ex justa causa, ex qua & dominium transferretur, cujusque tuendi & obtinendi causa ad exemplum dominij vendicatio seu confessoria in rem actio prodita est, *§. 2. inf. de act.* Eadem & de legatario proventus annui dici possunt. Sed & hic ipse non fruitur, sed per manus hæredis reditum accipit, *l. fundi 38. de usufr. leg. l. liberto pr. de am. leg. Hotom. 1. illust. 24. Castill. d. tr. cap. 4. & 5.*

Rebus alienis] Materia. Estque hoc commune omnium servitutum, ut sint in alieno: neque enim res sua ulli servit, *l. in re 26. de serv. prad. urb. l 5. si usufr. pot.* Rectè, inquis: at non ideo recta definitio, cum non omnis ususfructus servitus sit, & in re aliena. Duo enim, inquies, sunt genera ususfructus. Est quidam separatus à proprietate, quem quod per se consistat, & formam propriam habeat, separatam à proprietate, formalem Glossa & DD. vocant: est & alius, coniunctus cum proprietate, qui quia competit ex causa proprietatis, causalis vulgò appellatur. Quæ genera indicantur in *l. si cum argumentum 21. §. 3. de ext. rei iud. l. 5 si usufr. pet. l. si ita 126. §. 1. de verb. obl.* Illum quidem dices habere eũ, qui dominus non est, in re aliena: hunc autem habere dominum in re sua: ac proinde non posse non vitiosam esse definitionem, quæ minus contineat, quàm definitum, videlicet alterũ genus duntaxat, usumfructum formalem. Hæc objectio ne quem moveat, observandum est, verbo ususfructus simpliciter aut absolutè enuntiato in toto ferè jure, & maximè in quæstione & tractatione de servitutibus, eum solum intelligi qui à proprietate separatus est, non eum, qui alicujus est jure proprietatis; formalem, non causalem; eum, qui servitus est, non qui pars est juris dominici; quemadmodũ appellationibus itineris, actus, viæ, aquæductus: tunc solùm in jure utimur, cùm ista per se habentur sine jure proprietatis: atque ex hoc usu definitionem ita conceptam esse, ut formali tantùm conveniat, qui ut solus servitus est, ita & in re aliena solus habetur. Neque verò ista & magistralis distinctio ususfructus in formalem & causalem, vera est & genuina generis in species divisio, neque pro ea à DD. venditatur: sed potiùs distinctio nominis πολυσήμου in sua significata. *vid. VVes. par. hoc tit. n. 4. Castil. d. tr. c. 1. n. 16. Pinel. in l. 1. C. de bon. mat. part. 1. n. 10. Gomes. 2. res. 15. num. 2. & 3.* Quod si porrò quis urgeat, &

usum

usumfructum etiam separatum in re fructuarij esse contendat, quia pars dominij dicitur: *l.4. hoc tit.* in promptu responsio est, partem dici, non quod revera pars sit, cùm sit servitus, *l. rectè 25. de verb. sign.* sed quia in multis casibus, quod exprimit. *Paul. d. l.4.* vice partis fungitur, eodemque jure, quo dominium censetur, propter emolumentum, quod continet, *l. Mœvius 66. §. fundo 6. de legat. 2.* & nimirum dictum hoc accipiemus per comparationem cæterarum servitutum, quæ cum dominio tantam affinitatem non habent. Eò pertinet, quod in vendicatione bonorum etiam usumfructum venire Ulp. scribit, quia appellatione domini fructuarius quoque contineatur, sententia scilicet edicti; *l.8. p. de reb. auct. iud. poss.* quod fructuario de damno infecto caveatur, *l.13. §. superficiarium 8. de damn. inf.* quod ad eum pertineat interdictum unde vi; *l.3. §. unde vi interdictum 13. de vi & vi arm.* quod ususfructus pro parte divisa vel indivisa constitui potest, *l.5. h. tit.* Sensit hoc *Gloss. in d. l.4.* Latius explicuit *D. Connan. 4. comm. 6.* Postremò ut demus usufructuarium respectu juris, quod habet, verè dominum dici posse, semper tamen in re aliena jus suum exercet. Quâobrem neque maritus, neque hæres fiduciarius, neque emphyteuta definitione continentur: quippe quorum omnium res ipsa propria est: quaque illi utuntur jure dominij, quod habent, non jure ususfructus à dominio separati. Maritum verum esse doris dominum, quamdiu constat matrimonium, infinitis locis traditum est, *inf. quib. alien. lic. in pr. l. si prædium 13. §. 2. de fund. dot. l. 7. §. si res de jur. dot. l. si prædium 23. C. eod.* Hinc & rei dotalis vendicatio marito tributa, *l. doce. C. de rei vend.* & mobilium quoque alienatio, *l. 3. §. 2. de fius & legit. l. 3. C. de jur. dot. auth sive à me §. 1. C. ad sen. Vell.* Hæres quoque, qui rogatus est aliquid ex die aut post mortem suam restituere, interim ejus rei dominus est, non fructuarius, *l. species 15. de aur. arg. leg.* tantùm quia cedente die fideicommissi restituenda est, ideò de ea tanquam aliena nonnunquam juris conditores loquuntur, ut Iustinian. *l. ult. §. sed quia C. comm. de legat.* sicut & de re dotali, quia & maritus temporale dominium habet, soluto matrimonio ad mulierem reversurum, *l. 7. §. si fundum 12. in fin. sol. matr. in rebus 30. C. de jur. dot.* De emphyteuta maior potest esse dubitatio propter dominium directum, quod alius habet; sed hoc non obstat, quominùs & proprietas quædam in re emphyteutica, ratione emphyteutæ considerari possit, ut & potest in re feudali respectu vasalli, *2. feud. tit. 43.* & argumento est, quod emphyteuta potest uni seorsum usumfructum rei emphyteuticæ legare, alteri deducto eo proprietatem, *l.1. pr. quib. mod. us. am. Ioan. del. Ca-*

stil. tract. de usus. c. 39. n. 10. & 11. Quid quod emphyteuta etiam ipsum fundum emphyteuticum alteri vendere, donare & obligare potest; servitutes ei imponere, & quidvis in eo extruere; contra ipsum quoque directum dominum in rem agere, non dico de jure separato, ut fructuarius in rem confessoria, sed de re ipsa, *l.1. & 2 si ag. vect.* ut plus etiam juris emphyteutæ, quàm domini in ipsa re habeant, quam ob causam etiam domini prædiorum emphyteuticorum appellantur, *l. possessores 12. C. de fund. patrim. lib. 11.* emphyteutæ simillimus est superficiarius, *l.1. de superfic. d. l. 1 quib. mod. us. am.*

Salva rerum substantia] Id est, si Theophilo & Giphanio credimus, quamdiu res salvæ manserint. Ego verò hoc amplius hac adiectione proprium seu modum indicari arbitror, ut intelligamus, fructuarium ita uti & frui debere, ut rem salvam servet domino: ac proinde hac clausula fructuarium prohiberi tum rem consumere, causámve proprietatis deteriorem facere, tum in aliam formam rem transmutare. Finge igitur, ovium usumfructum relictum esse; non debet fructuarius eas occidere, ut carne vescatur: hoc enim pugnat cum natura ususfructus. Cui fundi ususfructus legatus est, non debet arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, nec quicquam facere in perniciem proprietatis, *l.13 §. fructuarius 4. hoc tit.* Sed & si agrum non proscindat, vites non subserat, aquæductus corrûpi patiatur, non intelligitur salva substantia re uti, *d. l. 13. §. 2.* Ædium usufructu legato non mutabit diætas vel atria, non diruet & ædificabit nova, *d. l. 13. §. sed si adium 7.* nec si meliorem domini causam faciat, *l. 7. in fin l. 8. l. usufructuarius 44. eod.* Nã quod traditum est, posse fructuarium causam proprietatis meliorem facere, *d. l. 13. §. 4.* hoc sic temperandum est, dum id faciat excolendo quod invenit, qualitate rei non immutata, *d. l. 13. §. sed si adium. D. Diod. Tuld. c. 4. hic.* Illud quoque quod superiùs leviter attigimus, explicatius considerandum est. Diximus, semper in usufructu usum inesse. *l.14. §. 1. de usu & hab* eumq; qui non secundùm rei conditionem re utitur, non uti sed abuti, *l. per servum 15. §. 1. hoc tit.* Hoc autem eò pertinet, ut intelligamus, eũ, qui sic utitur, nec rectè quidem frui, nec in fructu esse, quod non percipitur ex eo usu, ad quem res parata est. Hinc igitur fructuarij non erunt partus ancillarum, *l. vetus 68. eod. § in pecudum fup. de rer. div. l. in pecudum 28. de usur.* non enim ancillæ ad hoc habentur, ut pariant, sed ut serviant, *l. ancillarum 27. de her. pet.* Non pertinebunt ad fructuarium arbores grandes & frugiferæ, *l.11. l.13. §.4. hoc tit.* nimirum quia non habentur, ut succidantur, sed vel ad fructum ferendum, vel ad ornatum umbrámve

umbrámve præstandam. Hinc denique est, quod sylvam non cæduam, aut quæ ut cædua à domino habita non est, fructuarius cædere non potest, *l. 9. §. ult. eod.* quamvis materiam ex ea succidere ad villæ refectionem, & pedamenta in vineam sumere non prohibeatur, *l. 10. l. 12. in pr. eod. ubi latè D. Paul. Buſ.* Ut igitur dominus securus esse possit de proprietate, desiderante eo fructuarius cavere cogitur, & usurum se boni viri arbitratu, & cùm ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturũ quod inde extabit, *d. l. 12. in pr. l. 1. & tot. tit. usuf. quem cav.* quæ cautio satisdatio est. *d. l. 13. l. 4. C. eod. l. 7. & ult. usuf. quem caveat l. 8. §. tutor. qui satisd. cog.* & ad omnem usumfructum omnemque fructuarium (excepto patre fructuario adventitiorum, *l. 6. §. non a. ult. §. fin. a. 4. C. de bon. qua lib.* item fisco: per *l. 1. §. si ad fiscum 18. ut leg nom. cav.* & casu *l. 9. §. 2. usuf. quem cav.* & donatore omnium aut partis bonorum retento usufr. per *l. 19. §. 1. de re iud. cum simil.*) pertinet, *d. l. 13 hoc tit. d. l. 1. §. 1. & 2. l. 9. §. 1. usufr. quem caveat.* In tantum, ut nec à testatore remitti possit, *l. 7. C. ut in poss. leg. decis. Cur. Holl 20. Christin. vol. 2. decis. 175. n. 7. & seq.* ne scilicet amoto cautionis metu fructuarius invitetur ad delinquendum & pro libidine sua in re fructuaria grassandum: sententia ac ratio communis, *Vid. Clar. §. testam quæst. 64. Gail. 2. obs. 145. Ioan. del. Castill. tract. de usufr. cap. 15.* Qui etiam aliam rationem affert, quod remissio illa quodammodo cum natura ac fine ususfructus legati pugnare videatur. Illud eodem loco idem rectè notat, remissione cautionis facta à testatore non vitiari ipsum legatum ususfructus, sed eam pro non scripta habendam esse, *per l. 6. ut in poss. leg.* Quod si cautio à testatore remittit, non potest, nec poterit confectio inventarij, quæ est necessarium cautionis antecedens, *Castill. d. loc. post DD. com.* Planè ut cautio ab hærede remitti possit, rationis est, *Accurs. Cyn. Bart. Salic. Sichard. ad l. 1. C. hoc tit. Pin. in l. 1. C. de bon. matern. p. 2. num. 76. Gail. d. obs. 145. Castil. d. loc. num. 16. Christin. d. decis. 175.* Putarem tamen, remissionem non obstare hæredi, quominus cautionem posteà ex causa exigat, ut hæc remissio tacitam in se habeat conditionem, si rectè utatur fructuarius; eoque jure utimur. Quod si fructuarius cavere non possit, eò quòd propter inopiã fidejussorem idoneum non inveniat, an non humanum est eum admitti oblata cautione juratoria? aut si eo modo non satis prospectum videbitur proprietario, an non res fructuaria apud virum bonum sequestranda est, aut eam retinere proprietarius poterit, qui contra fructuario rectè caveat, ne pereat ultima voluntas defuncti? Placet in magna varietate eorum sententia, qui totam hanc rem boni judicis arbitrio permittendam censent, qui ex personis & re, de qua agitur, tum ex facultatibus fructuarij dispiciat & constituat, quid in proposito debeat fieri, utrùm cautio juratoria à propria recipienda, (ad quod tamen non facilè eum compellet) an verò apud virum honestum res deponi, vel apud ipsum proprietarium remanere debeat; ut in omnem eventum & proprietario satis consultum sit, & fructuarius commodum percipiat, quod eum percipere omnimodò testator voluit. Licebit hic usurpare illud Ulpiani in *l. 2. §. item Varus 5. in fin. de aq. pluv. arc. Hoc æquitas suggerit, & si jure deficiamur, add. Castill. d. tr. 18. num. ult. Gail. 2. obs. 47. Mynſ. 6. obs. 48. Fach. 8 contr. 40. VVesemb par. usuf. qu. ca. n. ult. Merend. 5. contr. 47. Christin. d. decis. n. 13. & seq.* Sunt & alia onera, quæ fructuario incumbunt, putà si quid reficiendum sit, ut sarta tecta præstet, cum distinctione tamen, quæ est in *l. 7. §. 2. hoc tit.* ut animalia ægrota curet, gregem ex agnatis capitibus suppleat, in locum arborum demortuarum alias substituat: rectè enim colere & quasi bonus paterfam. debet: quod & ipsum cautione fructuaria continetur, *vid. §. sed si gregis 38. sup. de rer. div.* Huc amplius etiam onera prædiorum agnoscere cogitur, ut tributa, vectigalia, pensitationes, quæ prædiis imponuntur, *l. 7. §. 2. l. si pendentes 27. §. 3. hoc tit. vid. Castill. d. tract. cap. 56. & seq. Christin. vol. 2. decis. 176. num. 1. & 2.*

Est autem jus in corpore, quo sublato] Sublatum hic accipimus, non omninò quod penitus & totum periit, sed quod esse desiit id, quod antè fuit; cuius pristina facies mutata, quod ita vel ampliatum vel minutum est, ut in aliam speciem & nomen transierit, *l. 5. §. pen.* & deinceps, usque ad *l. 13. quib. mod. usf. am.* Quod si totum corpus tollatur, ne dominium quidem proprietatis vè remanet. De mutatione rei fructuariæ plenius disputamus ad *§. 3. hoc tit. in calce.* 19

TEXTUS.

1. *Vsusfructus à proprietate separationem recipit, idq; pluribus modis accidit: ut ecce, si quis usumfructum alicui legaverit: nam hæres nudam habet proprietatem, legatarius verò usumfructum. Et contrà, si fundum legaverit deducto usufructu, legatarius nudam habet proprietatem, hæres verò usumfructum. Item alij usumfructum, alij deducto eo fundum legare potest. Sine testamento verò si quis velit usumfructum*

alij constituere, pactionibus & stipulationibus id efficere debet. Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum, & ad proprietatem reverti.

NOTÆ.

1. DEDUCTO USUFRUCTU] Hæc verba non sunt otiosa, sed consultò expressa, ut & in *l. 6. h. t. l. 4. si us. pet.* Nam si uni usufructus, alteri fundus simpliciter legetur, ambo in usumfructum concurrent, *l. 19. de us. leg. l. 6. de us. ear. rer.*

COMMENTARIUS.

1. *Quot & quibus modis usufructus constituatur, & à proprietate separetur.*
2. *Ad constitutionem & acquisitionem usufructus solam pactionem non sufficere, sed requiri etiam traditionem seu factum aliquod traditionem repræsentans; testamento autem constitui ipso jure.*

PLuribus modis] Usufructus non uno modo à proprietate separatur, & alteri acquiritur. Nam & à lege quibusdam personis constituitur, ut patri in bonis filij adventitijs, *l. 6. l. ult. C. de bon. quæ lib. §. 1. inf. per quas pers.* item patri emancipatori in parte dimidia bonorum adventitiorum filij emancipati, *d. l. 6. & §. 2. de tit.* & à judice in judicijs familiæ erciscundæ & communi dividundo, per adiudicationes scilicet & condemnationes, si res divisionem commodè non recipiant, *l. 6. §. officio. 10. comm. div. l. & puto. 16. §. 1. fam. erc. l. 6. §. 1. hoc tit. quæ §. 4. & §. inf. de oss. jud.* usu quoque nostro & longa quasi possessione, sicut reliquæ servitutes, & usufructus nobis acquiritur; veluti si quis non dominus usumfructum nobis vendiderit, nos eum per legitimum tempus possederimus, *l. ult. in fin. C. de præscr. long. temp.* Hic duos tantùm modos recensèt Imp. eosque ipsos quibus servitutes prædiorum constitui dixit in calce præced. tit. ultimam voluntatem, & stipulationes pactionésve.

Vt ecce] Formas legandi, quibus usufructus constituitur, & à proprietate separatur, tres perspicuè explicat: in quibus notandum, verba illa *(deducto usufructu)* non esse otiosa, sed expressa consultò, ut & in *d. l. 6. hoc tit. l. 4. si usufr pet.* Nam si uni usufructus, alteri fundus simpliciter legeretur, nominatim non expresso *(detracto usufructu,)* ambo in usumfructum concurrent, *l. si alij 19. de usufr. leg. leg. l. 6. de usufr. ear. rer.* Neque obstat, quod traditum *l. & puto. 16. §. 1. fam. erc.* si judex alij fundum, alij usumfructum adiudicaverit, non communicari usumfructum: nam in judiciis divisoriis hoc agitur, ut à communione discedatur, *l. 1. eod. tit.* Sed etsi uni usufructus, alteri nuda proprietas legata sit, nemo, opinor, dixerit, usumfructum communicari. Ac ne illud quidem morum nostrorum simplicitati convenit, quod in *d. l. 19. de usufr. leg.* traditur, si testetur alij fundum, alij usumfructum eiusdem fundi legaverit, usumfructum contra mentem testatoris communicari, *Groenevv. ad d. l. 19. tract. de ll. abrog. Autumn. conf. iur. ad d. l. 19. Cyprian. cens. Belg. hic.*

Pactionibus & stipulationibus] *l. 3. §. pr. eod. Vide sup. §. ult. tit. præc.* Pactionibus autem non nudis, sed vestitis, ut magistri loquuntur, iisque, quæ idoneæ sunt ad dominium ipsum transferendum; cujusmodi sunt emptio, permutatio, donatio. Potest ergo quisque dominus usumfructum rei suæ alteri vendere aut donare cedereve nuda proprietate retenta; aut rei nudam proprietatem retento usufructu, *l. quod nostrum 63. eod. l. quisquis 28. C. de donat.* potest & uni vendere vel donare usumfructum, deinde alteri proprietatem, quam retinuit. Cæterùm etiam nuda pactione usufructus rectè constituitur, si ea contractui vel conventioni legitimæ aut traditioni divisionive in continenti adiiciatur, *d. l. 28. C. de don. l. Seia. 42. eod. arg. l. cùm essent 33. de serv. præd. rust. leg. vanditor. 13. comm. præd. l. in traditionibus 48. de pact.* Quod autem de servitutibus prædialibus diximus, eas non acquiri pactionibus solis sine facto aliquo, quod traditionem repræsentet, hoc non minùs ad acquisitionem usufructus pertinet, *l. 5. de serv. l. 3. hoc tit. l. 3. de obl. & act. arg. l. traditionibus 20. C. de pact.* Nam in universum tenendum est, quibus in causis ad rem corporalem acquirendam requiritur traditio, in iisdem & ad res corporales acquirendas requiri, quatenus fert earum rerum natura: ut in proposito traditus usufructus intelligitur, si dominus, à quo est, usufructuarium inducat in fundum, eúmve patiatur uti frui, *d. l. 3. hoc tit.* Testamento autem constituitur usufructus ipso jure, ut hic ad acquirendum jus in re, & vendicationem, non desideretur traditio hæredis, sed nuda voluntas sufficiat testatoris. Quod jure quidem veteri obtinebat duntaxat, cùm usufructus legatus erat per vendicationem: nam per damnationem legatus facto hæredis præstabatur, teste Paulo *3. sent. 6.* at hodie idem utriusq; legati effectus post exæquationem juris omnium legatorum, *§ 2. inf. de legat. l. 1. C. comm. de leg* Ex quo apparet, Tribonianum incuria quadam actionem personalem cum confessoria confudisse, *l.*

2

pen.

C. *hoc tit.* quod & locus ipse palam arguit. De legato per damnationem usufructu, accipe *leg. 3. hoc tit. l. 2. si usufr. pet.* de legato per vindicationem, *l. 34. §. pen. de legat. 1. l. 10. l. si quis 29. de usf. leg. l. sed & qui 25. §. ult. hoc tit. l. un. §. 2. q. di. usf. leg. add. Pinel. part. 2. l. 1. C. de bon. mat. n. 62. Castil. tract. de usufr. c. 9.*

Placuit certis modis extingui] Negligitur hic iterū à Triboniano lex methodi; nisi παρέλκησις est, eo quod separato ita usufructu inutilis & ridicula videri poterat proprietas, cùm paria sint, non habere dominium, & habere inutile. Transcriptus autem hic locus est ex Cajo *leg. 3. §. 2. hoc tit.*

TEXTUS.

Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo & ædibus, verùm etiam in servis, & jumentis, & cæteris rebus: exceptis iis, quæ ipso usu consumuntur. Nam hæres neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum: quo in numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta: quibus proxima est pecunia numerata: namq; ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa Senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui, ut tamen eo nomine hæredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniæ ususfructus legatus sit, ita datur legatario, ut ejus fiat, & legatarius satisdet hæredi de tanta pecunia restituenda, si morietur aut capite minuetur. Cæteræ quoque res ita traduntur legatario ut ejus fiant: sed æstimatis his satisdatur, ut, si moriatur aut capite minuatur, tanta pecunia restituatur, quanti hæ fuerint æstimatæ. Ergo Senatus non fecit quidē earum rerum usumfructū, (nec enim poterat) sed per cautionem quasi usumfructum constituit.

NOTÆ.

2. VINUM, OLEUM] Harum rerum non usus, sed abusus est. Boër. *in top. lib. 2. Vtimur his, quæ nobis utentibus permanent: his verè abutimur, quæ nobis utentibus pereunt.*

VESTIMENTA] Lapsus hic est Tribonianus, ut constat ex *l. 15. §. 4. h. t. l. 9. §. pen. usf. quem cau.* & ipsa rei natura ostendit: non enim consumuntur usu vestimenta, sed deteruntur, ut rectè Cuiac.

QUODAMMODO] Expendendo & alienando: ita pecunia perire dicitur apud Corn. Nep. *in Themist.*

UTILITER CAVEATUR] Satisdato seu datis fidejussoribus: nam & hæc cautio satisdatio est, ut in vero usufructu, *l. 8. d. tit. l. 7. §. 1. usf quem cav.* & neutra testamento remitti potest, *l. 1. C. h. t. l. pen. ut in poss. leg.*

DE TANTA PECUNIA RESTITUENDA] Clausula cautionis fructuariæ de utendo boni viri arbitratu, *l. 1. usf. quem cau.* ad quasi usumfr. non pertinet: & absurdum esset rei dominum talem cautionem præstare.

SI MORIATUR AUT CAPITE MIN.] Non aliis modis quasi usufr. extingui potest, *l. gat. 7. l. 10. d. t.*

SED ÆSTIMATIS] Aut cavebitur de rebus ejusdem qualitatis restituendis: quanquam illud certius & tutius, *l. 7. de usf. ear. rer.*

NEC ENIM POTERAT] Naturalis enim ratio auctoritate Senatus mutari non potuit, *l. 2. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur rerum fungibilium ususfructus constitui non possit.*

2 *In hoc numero rerum non esse vestimenta, contra plerosque, & ipsum adeo Tribonianum, firmis rationibus ostenditur.*

3 *Qua consideratione pecunia & quædam alia in hoc genere numerentur.*

4 *An cautio quasi fructuaria sit de substantia quasi ususfructus.*

5 *Partes cautionis quasi fructuariæ expositæ, & notatus insignis error Mynsingeri.*

HOc §. agitur de rebus, in quibus ususfructus constitui potest. Et sciendum est, in rebus omnibus, unde aliqua utilitas aut commoditas qualiscumque percipi potest, usumfructum constitui posse, sive immobiles sint, ut domus, fundus; sive mobiles, ut mancipia, jumenta, supellex, &c. in quo differt ususfructus à servitutibus realibus, quæ tantum in prædijs consistunt. Sed & rerum incorporalium ususfructus constitui potest, veluti nominum, *l. 3. de usufr. ear. rer.* ut fructuarius rem consecutus ea utatur. Potest & jurisdictionis, quam patrimonialem vocant, ut fructuarius mulctas & pœnas pecuniarias, tanquam fructus jurisdictionis, percipiat. Schneid. hic post alios, quos supra citavi. Neque hic quasi usus fructus est, ut putat D. Bachovius: certè non eo sensu sic appellari potest, quo earum rerum, quæ usu consumuntur, quasi usumfructum esse dicimus: nam jurisdictio non datur fructuario, ut ejus fiat propria; ideoque & eam ipsam finito usufructu restituere debet, eodemque modo cavere, quo fructuarius rei corporalis,

ralis, quæ fructum recipit, *fac. l. 1. de usufr. leg.* Solæ excipiuntur res, quas utendo consumi necesse est; cujusmodi sunt, vinum, oleum, frumentum, cæteræque res, quæ pondere, numero, mensura constare, & in genere suo functionem recipere dicuntur, *inf. quib. mod. re cont. obl. l. 2. de reb cred.* Has res ait Imperator neque naturali ratione neque civili usumfructum recipere: scilicet hæc est natura ususfructus, jusque de eo constitutum, ut sit in re aliena sive penes eum, qui dominus rei fructuariæ non sit, isque jus habeat ea re utendi fructusque ab ea separandi, aut commoda ob causam rei obvenientia percipiendi, ita ut interim res ipsa, cujus proprietas apud alium est, salva & integra maneat, caveatque fructuarius se eam finito usufructu restituturum: quorum nihil in res consumptibiles, hoc est, eas, quæ usu ipso consumuntur & pereunt, cadere posse manifestum est: quippe cùm ex ijs nulla utilitas percipi queat, nisi consumantur, nec consumi res possit, nisi ab eo, cujus propria sit.

Vestimenta.] Temerè atque inconsideratè Tribonianus inter res, quæ usu consumuntur, refert vestimenta: non enim quæ longiore usu atteruntur & detritu deteriora fiunt, usu consumi dicuntur? sed quæ utendo protinus tolluntur & delentur, quarumque non nisi in abusu usus est: alioqui eadem ratione dicendum esset mobilia ferè omnia atque utensilia, præsertim lintea, ut mappas, mantilia, toralia, eodem numero habenda, atque ut vestimentorum, ita & harum rerum non verum, sed quasi usumfructum esse: quod nemo dixerit: neque Ulp. *l. 1. hoc tit. de usufr. ear. rer. quæ usu. cons.* cùm ait, earum rerum quasi usumfructum esse, quæ usu tolluntur vel minuuntur, intelligit res, quæ usu deteriores fiunt, sed quæ per partes consumuntur, veluti si cui ususfructus aliquot modiorum frumenti legatus sit. Illud utique certum est, vestes non esse ex earum rerum numero, quæ in genere suo functionem recipiunt, quarumve datione in creditum ire possumus. Atqui non magis potest extra eas res esse quasi ususfructus, quam mutuum. Denique vestimenta in rebus, quæ usu delentur, numeranda non esse: verumque eorum usum arguit, quod alteri commodari & locari possunt; quod secus est in ijs, quæ ipso usu tolluntur, *§. pen. inf. de locat. junct. l. 3. commod. in fin.* Dicendum igitur omnino est, ut mancipiorum, jumentorum, supellectilis, aliarumque rerum mobilium, licet usu atterantur, verus est & naturalis ususfructus, ita & vestimentorum esse. Ea propter usufructu vestimentorum legato, non dabuntur ea legatario, ut ejus fiant, ut pro libitu ea consumere, iisve abuti possit, uti sit legato usufructu rerum fungibilium: sed ut iis utatur, quomodo vir bonus uteretur, *l. 15. §. & si 4. hoc tit.* quod veri ususfructus proprium esse ostendit prima clausula cautionis quæ in vero usufructu desideratur *l. 1. usufr. quem cau.* neque satisdabit legatarius, se ejusdem generis vestes finito usufructu restituturum aut earum æstimationem, ut fit in usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur: *l. 7. hoc tit.* sed rem ipsam & speciem, quam accepit, *l. 9 §. pen. usuf. qu. cau.* juxta alteram clausulam cautionis in vero usufructu receptæ. Neque enim hac parte cautionis continetur, ut promissor rem restituat non deteriorem, quam erat tempore constituti ususfructus: satis enim est, si dolo aut culpa [illegible] deterior facta non sit: nulla verò culpa [illegible] qui utitur quod accepit, in eam rem, in qua [illegible]t, ut responsum est de re commodata de[illegible]dita sine culpa commodarij, *l. 10 in pr. commod.* ideoque liberatur restituendo corpus, quod supereſt, aut post usum extat, unde & in proposito formula cautionis non de re ipsa restituenda, sed de eo, quod inde extabit ferè concipi soler, *l. 1. in pr. & §. ult. usufr. quem cav.* Sed etsi cautum sit de re ipsa restituenda idem tamen juris est, ut in hac ipsa specie, quam tractamus, Ulpianus ex Pomponio refert, *d. l. 9 §. pen. usufruct. quem cau.* quod cùm animadverteret Cantiuncula, putavit, id nescio qua speciali ratione receptum esse in quasi usufructu vestimentorum. Accursius errorem Tribonianum duplici commento tegere conatur, uno in *d. l. 15 §. 4 hoc tit.* altero ad *hunc §.* Illic ut ex verbis ejus colligitur, interesse existimat, utrum vestimentorum ususfructus legatus sit tanquam quantitatis, hoc est, æstimatorum; an verò simpliciter, ut cujusvis alterius corporis. Hoc casu fatetur verum usumfructum relictum esse, & restitutione ejus, quod finito usu supereſt, legatarium liberari, per *d. l. 9. §. pen. usuf. quem cau.* illo autem casu quasi usumfructum vestium legatum videri, finitoque usufructu reddendam esse æstimationem: quod & Aretin. & Fab. sequuntur, eoque referunt hunc §. At hoc posito, jam non tam vestium, quàm ipsius pretij quasi ususfructus erit, quod idcirco & solum restituendum, non vestes ejusdem generis: potestque hoc usu venire & in alijs rebus æstimato utendis fruendis datis, haud absimili ratione, qua species æstimari & in causam mutui converti possunt, *l. 11. si cert. pet. l. 8. C. eod. l. pro auro 25. C. de usur.* Hoc igitur parum pro Triboniano facit. Locus ipse, unde distinctionem istam collegit Accursius, mendosus videtur, nempe, *d. l. 15. §. 4. hoc tit.* neque enim dubito, quin verba illa, *non sicut quantitatis ususfructus legetur*, irreptitia sint, & ab imperito

imperito aliquo glossatore profecta, volente gratificare Triboniano; nam & constructionem turbant, & perplexum efficiunt sensum. Quod miror ante Bachovium neminem observasse. Alterum, quod Accursius ad defensionem Triboniani commiscitur, est in explicatione hujus §. ubi duo genera vestium facit; unum temporalium: alterum perpetuarum: atque inter hæc genera hoc discrimen ponit, quod in temporalibus fictus, in perpetuis verus ususfructus consistat. Temporalium (de quibus solis hic Tribonianus loquatur) appellatione intelligit quotidianas: perpetuarum, funebras & scenicas; quarum rarior usus. Quam huic distinctioni palam repugnat *d.* & inter quotidianas & scenicas vestis usu[illegible] hoc tantum interesse eo loco & §. seq. ait Jurisconsultus, quod scenica à fructuario locari possit, quotidiana non item. Quamvis secundum Accursij distinctionem judicatum tradat *Tessaur. decis.* 80. *n.* 1. vestium quotidianarum usufructu legato, cavendum esse de restitutione vestium in eadem bonitate, vel pretij illarum facta æstimatione. Si quid ad excusandum Tribonianum vel quæsito colore afferri potest, illud unum est, quod Don. 10. *comm.* 4. existimat, eum materiarum posuisse pro materia μιτων υμενων, vestimenta pro lana, unde vestimenta conficiuntur, *vid l. pen. de usufr. ear rer.*

Quibus proxima est pecunia numerata] Generali pecuniæ appellatione continentur omnia, quæ in patrimonio sunt, *l. 5. l. pecunia. 222. de verb. sign.* & ideo ait, pecunia numerata. Qua voce tantum designantur nummi, hoc est, æs, aurum aut argentum signatum sive publica forma percussum, ut jam non tam usum dominiumque ex substantia præbeat, quam ex quantitate seu valore imposititio, *l. 1. de contr empt.* Auri autem vel argenti non signati, quin usus esse sine abusu possit, veluti valorum aureorum, vel argenteorum, non est dubitandum, *l. ult usufr. quem. cav.* Quin & numismatum veterum aureorum vel argenteorum, quibus pro gemmis ad ornatum uti solent, ususfructus rectè legatur, *l. numismatum, 28. hoc tit.*

3 *Quodammodo extinguitur*] Rectè, *quodammodo*: non enim ut vinum, oleum, frumentum utendo, ita pecunia permutando absumitur, & revera ac naturaliter perit. Ut enim pecuniam maximè cum re permutemus, solvamus, donemus alij, semper tamen manent ipsa corpora nummorum, nec usu desentur: At si spectamus eum, qui pecunia utitur alienando & expendendo, vi ipsa illi eo usu consumitur & perit. Tam enim eo casu dominus ac possessor esse desinit, quàm si consumpsisset. Inter res, quæ usu consumuntur, numerandæ etiam, quibus utimur ad medicamenta, ut pharmaca & odores, *l. pen. de us. ear. rer.* item quarum ita usus est ad res alias conficiendas, ut, nisi mutatæ ad eas res conferantur, ipsæ per se prope sint inutiles: qualis est lana, qua ad vestimenta & stragula conficienda utimur, *d. l. pen.* ad quas res si confertur, ipso usu eam perire necesse est: quippe quæ prius nenda & in filum transformanda, deinde ex filo texendum id corpus, quod inde extare volumus, *l. sed si meis. 26. de acq. rer. dom.*

Utilitatis causa Senatus censuit.] *l. 1. & 2. de us. ear rer.* Quo latior esset morientium voluntas, effectum est Senatusconsulto, ut earum quoque rerum, quæ usu consumuntur, quasi quidam ususfructus constitui possit, utque illi, qui nollent hujusmodi res pleno & perpetuo jure esse legatarij, usufructu earum legato id consequerentur. In quo constituendo cum Senatus favorem ultimæ voluntatis respexerit, ut apparet ex eo, quod tantum legari harum rerum ususfructus fit mentio, tum hoc loco, tum *tot. tit. eod. l. usufructu 69. ad leg. Falc.* item apud Ulp. *tit de legat. §. Senatus 25.* nusquam aliter constitui, non sine causa Hotom. & Wes. cum Conan. 4. *comm.* 3. existimant, conventione inter vivos non idem effici posse. Quanquam semel admisso & recepto in legatis harum rerum usufructu, nihil admodum video, quod obstet, quominus id jus produci possit ad conventiones. Plane publica auctoritate opus fuit, ut ab initio introduceretur.

Herede utiliter caveatur] Datis scilicet fidejussoribus: nam & hæc cautio satisdatio est, ut in vero usufructu, *l. 8. l. 9. & 10. eod. l. 7. §. 1. usufr.* quem caveat, & bis hoc eodem in loco fit mentio satisdationis. Remedio igitur cautionis introducto cœpit hic quasi ususfructus haberi, *l. 2. §. 1. hoc tit.* sive ut ait Justinian in calce hujus. §. Senatus per cautionem quasi usumfructum constituit, imaginem scilicet veri, ut hic quoque apud alium proprietas esse, apud alium ususfructus quodammodo videri possit. Nam licet hæ res ita dentur legatario, ut ejus fiant consumendi causa: tamen propter cautionem, quæ in locum proprietatis rerum apud hæredem succedit, videntur adhuc alienæ, & legatarius usumfructum duntaxat earum habere, propterea quod finito usu eandem quantitatem, quam accepit, restituere debet. Est autem hæc cautio non minus necessaria in hoc usufructu, quàm alia illa in vero; neque magis, quàm illa, testamento remitti potest, *l. 1. C. de usufr. l. 6. ut in poss. leg.* Illud quæsitum, an cautio hæc sit de substantia hujus ususfructus. Et siquidem hoc quæratur, an necessario præstanda sit, antequam res utendæ dentur, aut

rebus traditis nihilominus exigi possit, res expedita est. Nam & in vero usufructu non ante res ipsa aut fructus transferuntur, quàm præstita cautione illius usufructus propria, *l.13.de usufr.l.4.C. eod.* alioqui & res tradita vendicari, & omissa stipulatio condici potest, *l.7.usuf.quem.cav.* Sin verò hoc, an forma quasi usufructus in cautione consistat, absurda est & inepta quæstio; cùm non magis cautio, quæ in hoc quasi usufructu loco proprietatis est, forma hujus usufructus dici possit, quàm proprietas veri & naturalis. Sed illud fortasse quæritur, an non quemadmodum verus usufructus nullus est sine proprietate, quæ ei ex adverso opponatur, ita nec quasi usufructus intelligi possit sine cautione, quæ vicem proprietatis subeat. Et certum est, nec quasi usumfructum intelligi posse, nisi sit aliquid, quod repræsentet proprietatem: quod etiam facit cautio, ubi ea præstita est: cæterum ea ab hærede omissa, nihilominus usufructus intelligitur, atque interim jus exigendi cautionem & finito usufructu condicendi quantitatem loco proprietatis potestate Senatusconsulti habebitur, *l.5.§.1.hoc tit.* ut ne eo quidem sensu cautio omnimodo necessaria sit, aut de substantia quasi usufructus. Hoc posito nemo dubitabit, quin cautio hæc ab hærede remitti possit, & fructuarium sine vitio possidentem, etiam ante cautionem præstitam, commodū rei sequi debeat, ut juris est in vero usufructu: accuratè *Pinel.ad l.2. Cod.de bon.matern. part.2.n.77. & seqq. Castill.tract. de usf.cap.15.& 16.* Planè eatenus de substantia quasi usufructus cautio esse dici potest, quatenus consideratur ut per eam primùm à Senatu introductus & constitutus. Obiter addo, generaliter cautum Senatusconsulto fuisse, ut omnium rerum, quæ in bonis sunt, usufructus legari possit, *l.1.l.3.hoc tit. l.1.de usufr.leg.l.usufructu 69.ad leg.Falc.* atque ex eo tempore usufructu bonorum omnium legato, etiam earum rerum, quæ usu consumuntur, usumfructum legato contineri intelligi cœpisse, *argum. l.uxori meæ 37.de usufr.leg.l.1.Cod.de usufr.* cum ante id Senatusconsultum alio jure Romani uterentur, ut constat ex loco M. Ciceronis *in Top.* ubi scribit; *Non debeat ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legaverit, cellis vinarijs & olearijs plenis relictis, putare, id ad se pertinere. Usus enim,* inquit, *non abusus, relictus est. Add. Aleiat. lib.7. pareg. cap.2. Mant. de conj.ultim. volunt.lib.9. tit.6. in pr. Castill. dict.tract.cap 38. num.10.& 11. Menoch lib.4. de præsumpt.142.num.14.* Plane si rerum mobilium duntaxat usufructus relictus sit, res fungibiles legato non contineri verius est. *Castill.dict.loc.*

De tanta pecunia restituenda, si morietur aut capite minuetur. Cautio quasi fructuaria duas partes habet, quarum una est de restitutione, altera de restitutionis modo. Quippe clausula cautionis fructuariæ, de utendo boni viri arbitratu, ad quasi usumfructum non pertinet, ut rectè *Castill. d.tr.de usufr.cap.15.num.13.& 31.* contra communem. Ad restitutionem quod attinet, promittit fructuarius. se restituturum non eadem corpora, quæ accepit, quod consumptis iis fieri non potest: sed tantumdem, sive pecuniæ usufructus relictus sit, sive vini, olei, frumenti, aut similium rerum. Cæterum ut obviam eatur contentioni, quæ de rei qualitate incidere posset, commodius est in vino & rebus similibus, eas res dari fructuario æstima[illegible]que certæ pecuniæ nomine cavere; *l.7.hoc* [illegible]ta moderandum quod ait Justinianus, *æ*[illegible]*timatis satisdari.* Pars hæc cautionis ve[illegible]imè facit, ut in his rebus velut quidam usufructus haberi incipiat. Nam quod res restitui debet, videtur aliena; & quod tantundem, videtur restitui res ipsa. Sunt enim hæ res ejus naturæ, ut in genere suo functionem recipiant, hoc est, idem inter se mutuo præstent, dum idem genus redditur, *l.2.§ 1. de reb. cred.* Apparet autem ex hac parte cautionis & obligatione fructuarij, errare Mynsi. qui putat, casus fortuitos, & rei periculum, tam in quasi usufructu, quàm in vero, ad proprietarium pertinere: in quo errore & Bald. fuit. Quomodo enim liberabitur fructuarius peremptis rebus, quas non debuit? Promisit alias ejusdem generis, aut æstimationem: promisit incertas, res incertæ perire non possunt. Sed & ipsa rerum proprietas in quasi usufructu revera transfertur in fructuarium. Ut omnino non videam, cur non idem hic obtinere debeat, quod in rebus mutuo datis, quarum periculum præstat qui accepit, *§.2. infr. quib. mod. re cont. obligat.* Pars altera hujus cautionis est conditio restitutionis, quæ hunc usumfructum etiam à mutuo separat. Ea hæc est, *Si fructuarius morietur aut capite minuetur.* Soli enim hi duo casus interponuntur, mortis & capitis deminutionis: quoniam rerum, quæ usu consumuntur, usus aliter amitti non potest, *l.9. hoc tit. l.7. §.1.usufr. qu. cau.* Nam cùm harum rerum proprietas in fructuarium transeat, & hoc agatur, ut pro arbitratu suo ijs utatur, & non easdem, quas accepit, sed alias ejusdem qualitatis restituat, non potest hic non utendo, interitu, aut mutatione rerum usufructus extingui. Capitis autem deminutionem accipiemus maximam & mediam duntaxat: nam jus vetus, quo usufructus omnis etiam minima capitis deminutione peribat

Ministerio de Cultura 2024

bat, in hac quoque specie mutatum esse à Justiniano, non est ambigendum, *l. pen. §. ult. C. hoc tit. de usufr.*

TEXTUS.

3. *Finitur autem ususfructus morte usufructuarij, & duabus capitis deminutionibus, maxima & media, & non utendo per modum & tempus; quæ omnia nostra statuit constitutio. Item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, (nam cedendo extraneo nihil agitur) vel ex contrario, si usufructuarius proprietatem rei acquisierit: quæ rei consolidatio appellatur. Eò amplius constat, si ædes incendio consumptæ fuerint, vel etiam terræ motu, vel vitio suo corruerint, extingui usumfructum, & ne areæ quidem usumfructum deberi.*

NOTÆ.

3. MAXIMA ET MEDIA] Ante Iust. etiam minima Paul. 3. *sent. 6. l. pen. §. ult. C. h. t.*

PER MODUM] Utenti in constituendo præscriptum, τοῦ τρόπου ὁριομένου. Th. arg. *l. 2. de aq. cott. l. 10. §. 1. l. 18. quem serv. am.* unde & exempla uti possunt.

ET TEMPUS] Quod Iust. revocavit ad ea spatia? quæ ipse præfinivit usucapionibus, *l pen. §. 1. C. h. t.*

CEDENDO EXTRANEO NIHIL AGITUR] Scil. in persona extranei, & respectu intentionis cedentis. Cæterùm nihilominùs ususfructus ad proprietatem recurrit, *l. 66. D. de jur. dot.* quod plenius probamus in *comment.*

CONSOLIDATIO] *l. 3. §. ult. l. 6. de usufr. acc.* à solido jure, solida proprietate, *l. 9. §. ult. de aq. pl. arc. l. 26. sub fin. de us. leg.* dicitur etiam confusio *l. 4. us. quem scæv.*

NE AREÆ QUIDEM] *l. 5. §. 2. quibus modis us. am.* quia ædes amplius non sunt, aut nominantur: & ex contrario, si areæ fructuariæ domus imposita sit, ususfructus interit, *d. l. 5. §. 3.* Similia habes *l. 10. §. ult. l. ult. eod.* Aliud juris est, in legato ipsius rei: quippe legata proprietate nihil est in re legata aut ex ea, quod legato non contineatur, *l. 22. de leg. 1. §. 18. inf. de leg.* eademque ratio rei nexæ pignori, *l. 21. D. de pign. act.*

COMMENTARIUS.

1. *An quemadmodum adrogatione, ita & adoptione & emancipatione jure veteri ususfructus perierit.*
2. *Amitti posse usumfructum non utendo per modum utendi constitutum, & quis non uti intelligatur.*
3. *Quanto tempore non utendo ususfructus amittatur.*
4. *Usumfructum extraneo cessum ad proprietatem statim reverti, contra VVesemb. Pinel. & alios.*
5. *Quando mutatione rei fructuariæ interior species mutata aut non mutata intelligatur.*
6. *Cur placeat, usumfructum aliquando mutatione rei extingui, etiam in partibus, qua mutato toto supersunt: in cætero autem jure, qualiscunque mutatio inciderit, si quid adhuc restet, in eo idem jus, quod in toto fuerat, remanere.*

QUid sit ususfructus, quibus modis constituatur, quæ res in usumfructũ recipiatur, intellectum est: restat ultimum, ut videamus, quibus modis finiatur. De vero usufructu hoc nunc quæritur. Et in universum finitur tribus ex causis. Aut soluto jure auctoris; veluti si usumfructum sub conditione legatum heres interim alteri constituerit, & conditio extiterit, *l. si sub conditione 16. quib. mod. us am.* quod & in reliquo jure à domino constituto similiter accidit, *l. lex vectigali. 31. de pign.* Aut lege constitutionis, veluti si usufructu ad conditionem vel ad diem constituto, conditio extiterit, aut dies venerit, *leg. 4. de usufruct. leg. un. §. ultim. quand. dies us. leg. ced. leg. 15. leg. 11. Cod. de usufruct.* Aut natura sua, idque vel ex personæ fructuarij, vel ex coniunctione ususfructus cum proprietate, vel ex re ipsa, ut ex subiectis apparebit.

Morte fructuarij] Ex persona fructuarij triplici modo ususfructus finitur. Primum morte eius, sicut jura omnia, quæ personæ cohærent, cum persona extinguuntur, *l. 3. in fin. hoc tit. l. 3. Cod. de usufruct. l. 8. §. 3. de lib. leg. l. quia tale 13. sol. matr.* In servo mors domini; in filio superstite post obitum patris, ipsius filij, antè mortuo, ipsius patris spectatur, quasi duplici usufructu constituto, *l. ult. Cod. de usufruct.* Civitati aut municipibus usumfructum relictum placet centum annos durare, quia is finis vitæ est hominis longævi, *l. an usus fructus 56. de usufruct. l. 8. de usufr. leg.* Enimverò si interim civitas eversa sit, aut aratrum passa: quasi morte usumfructum habere definit, *l. si usufruct. 21. hoc tit.* Adeò

aut em

autem morte finitur usufructus, ut licet qualicunque alia ratione amissus repeti possit, morte tamen non possit, nisi fortè heredibus legetur, *l.5.in pr. eod.* quo facto non tam reperitur, quam novus constituitur in persona hæredum. Nec tamen si ita legatus sit, ad secundos successores pertinebit, sed primis defunctis finietur. Nam in re sui natura non transitoria ad hæredes, hæredis appellatio solùm primum hæredem, non ulteriores continet, ut notant *interpp. ad l. hæredis 65. de verb. sign.* Cæterùm malè Cantiunc. Mynsi. Schneid. & Gœd. ad *d.l.65. n.7.* putant, eandem hanc speciem tractari in *l. cùm antiquitas, C. de usufr.* cùm nulla ibi quæstio sit de hærede legatarij, sed testatoris: legatario enim non ususfructus, sed proprietas legata proponitur, sicut Glossa & D. Gothofr. casum formant: quamvis ratio decidendi eadem sit, & in utraque specie tam manifesta, ut Justinianus haud facilè mihi persuaserit, veterum quemquam hic hæsitasse.

Capitis deminutione maxima & media.] Hic alter modus est, quo finitur usufructus ex persona fructuarij, & finitimus præcedenti: siquidem & maxima mediaque capitis deminutione mors quædam contingit, nimirum civilis, dum illa libertatem, hæc civitatem adimit, *l. verum. 63. §. ult. pro soc. l.1. §. pen. de bon. poss. cont. tab. l. antepen. de reg. jur. §. 1. & 3. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.* cui consequens est, non magis usumfructum his modis amissum repeti posse, quàm amissum morte naturali. Olim etiam amittebatur usufructus capitis deminutione minima, adrogatione scilicet, vel adoptione, aut emancipatione, teste Paulo *3. sent. 6. §. capitis.* & Justiniano *l. pen. §. ult. C. de usufr.* Atque ad hanc speciem tantùm referri potest, quod de repetitione usufructus capitis deminutione amissi legimus cum alibi, tum præsertim, *l.3. hoc tit.* in quo fallitur D. Connan. *4. comm. 6* Cur autem veteribus placuerit etiam ea capitis minutione, quæ salva civitate contingit, usumfructum amitti, ratio non tam obscura est, ut, plerisque videtur: utique in adrogatione obvia. Nam cùm omnia, quæ sunt adrogati, facta adrogatione, ex ratione juris veteris acquirantur adrogari; *l. si patersfam. 15. de adopt. l. pen. §. 2. de bon. poss. sec. tab.* necesse est, ut usufructus, qui in persona adrogati ampliùs consistere nequit, vel simul in adrogatorem transferatur, vel ad proprietatem redeat. Illud ratio juris non patitur: superest ergo, ut redeat ad proprietatem: quod & Justinianus indicat, *§. 1. inf. de acq. per adrog.* De adoptione & emancipatione idem dici non potest. Unde Bachovius existimat jus illud vetus pertinuisse duntaxat ad adrogationem. Sed tamen Paulus *d. loc.* expressè testatur, etiam de adoptione, & de ea quidem in specie, quæ adrogationi opponitur. Ait enim. *Si ex adrogatione vel adoptione statum mutaverit.* Et Justinianus *d. l. pen.* etiam de emancipatione: & alioqui frustrà dubitatum fuisset, an emancipatione filij ususfructus per eum patri quæsitus extingueretur, *l. ult. C. eod.* Verùm enimverò cùm ex constitutione juris antiqui filiusfa. nihil proprium haberet, præter castrense peculium, non potuit extra causam illius peculij de usufructu quem filius ipse haberet, amittendo disputari. Solùm potuit tunc, cùm ex peculio castrensi usumfructum sibi comparasset: nam empta ex peculio castrensi conditionem illius peculij sequuntur, *l. 1. C. de castr. pec. lib. 12.* cuiusmodi etiam speciem proponit Justinianus, *d. l. pen.* & ait, usumfructum ex ea causa quæsitum per emancipationem, ex definitione [illegible] teris periisse: quod haud dubiè in adoptione [illegible]que obtinuit, cum planè eadem sit utriusque in proposito ratio. Non enim alia de causa ususfructus his modis intercidit, quàm quia fructuarius, mutata familia & priore statu personæ, alius esse credebatur ab eo, qui antè fuerat, redactus etiam antea in imaginariam servilem causam, *l. 3. §. 1. de cap. min. l. ult. C. de emanc. lib.* Anverò ususfructus sic juris subtilitate extinctus, ex edicto de capite minutis restituendus fuerit, sicut pleræque obligationes eodè modo amissæ restituebantur, non definio. Affirmat id quidem D. Bachovius; etenim neque jura omnia capitis deminutione amissa restituebantur, veluti tutelæ, hæreditates legitimæ: & obligationes ideò prætor restituebat, ne contra naturalem æquitatem alteri per alterum iniqua conditio inferretur. Emancipatus verò aut datus in adoptionem de facto alieno queri non possunt: est enim quod sibi imputent, quod scilicet passi sint se emancipari aut in adoptionem dari, cùm id pati non cogerentur, *l. 5. de adopt. l. pen. C. de emanc. lib. Paul. 2. sent. 25.* Quocunque modo res habet, constat, Iustinianum jus vetus, quo ususfructus capitis minutione amittebatur, abolevisse, quantum attinet ad eam, quæ salva civitate contingit, *d. l. pen. § ult.* & voluisse usumfructum etiam simpliciter filio relictum; mortuo patre, etiam post emancipationem filij, in persona filij durare, *l. ult. C. eod.* Enimverò ita demum amittebatur capitis deminutione ususfructus, si jà constitutus erat: cæterùm si ante aditam hæreditatem aut ante diem ususfructus cedentem quis capite minutus fuerat, non amittebatur, *l. 1. §. 1. hoc tit.* Item si unus ususfructus relictus erat, non si plures; veluti si ususfructus legatus fuisset in singulos annos, vel menses, vel dies. Hic enim quia commemoratio temporum repetitionis potestatem habet, *l. 1. §. 2. eod.* placebat per singula tempora adjecta

adjecta diem cedere, & illius anni, mensis, diei usumfructum amitti, qui iam processerat, *d.l.1.§. ult.* quarum rerum evidens jure veteri effectus fuit. Ex his, quæ dicta sunt, manifestum est, Tribonianum interpolasse *l.1. de usufr. leg.* & verba illa, *ex magna causa*, quæ in calce sunt, responso Jureconsulti assuisse, *Russard. in not. add. l.1. Cujac. hic. Castill. tract. de usufruct cap. 66. num. 16.*

Non utendo per modum] Postremò finitur ususfructus ex persona fructuarii non utendo: & siquidem omnino usus est, nullum dubium est, quin pereat ususfructus: sed quæritur, an & non utendo per modum rectè dicatur amitti, vel potius; an talis alio modus utenti in constituendo usufructu præ[illegible] possit, ad quem si non utatur fructuarius, usu[illegible]um amittat. Negat id Bachovius erroris Tribonianum insimulans. At ego non video, cur non possit. Nam si verbi causa, Titio legaverim usumfructum ædium eo modo præscripto ut æstate habitaret, isque habitaverit hieme; vel si silvę usumfructum alicui legaverim, ut certo tempore & modo silvam cederet, & ceciderit alio tempore & modo: per *l.2. de aq. cott. l.10. §.1. & l. seq. l.18. quem serv. am.* non videbitur usus, qui ad suum modium, τὸ τρόπῳ ὠφελιμίῳ, usus non est Non uti autem intelligitur, qui neque per se utitur, neque per alios, qui negotia eius gerunt, aut quibus usumfructum vendidit, locavit, gratis concessit, *l. non utitur 38. de usufruct.* Quid verò si nec isti utantur? & interest, donatarius non utatur, an emptor conductorve, nam illo casu ususfructus perit, hoc retinetur propter fruitionem pretii aut mercedis. Nam qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quàm qui utitur fruitur principali re *d.l. non utitur & 2. seqq.* Potest verò ususfructus & pro parte non utendo amitti, *l.5. d. tit. l. excepta. 14. l. placet. 25. hoc tit. quib. mod. usf am.* & eum quoque, qui usumfructum habet, si usus tantum sit, non etiam fruitus, placet usumfructum amittere. Cæterùm hoc ita, si ignorabat se usumfructum habere, non si sciebat, *l. is qui 20. eodem.*

Et tempus] Quod diximus, non utendo finiri usumfructum, id ita est, si fructuarius usus non sit per tempus constitutum, intra quod si quis usus non sit, placeat usumfructum amitti. Id tempus cùm olim brevius esset, Justinianus revocavit ad ea spatia, quæ ipse præfinivit usucapionibus, *l. corruptionem, pen. §.1. C. hoc tit. de usufr.* Igitur rei mobilis ususfructus amittetur non utendo per triennium; rei immobilis per decem annos inter præsentes, per viginti inter absentes, *arg. l. un. C. de usuc. transform. & inf. de usuc. in pr.* Atque hæc sanè temporum distinctio optimè convenit tum rationi juris; tum sententiæ quoque ipsius Justiniani in *d.l. pen. §.1.* Cæterùm secum ipse pugnare videtur, dum in *l. pen. C. de servit.* constituit, ut eodem tempore & rei mobilis & immobilis ususfructus non utendo amittatur: & tamen quod subjicit de servitutibus prædiorum similiter non utendo amittendis, quia tantummodo soli rebus annexæ sint, hoc iis tantùm commune est cum usufructu rerum immobilium; & ita dicitur, quasi in amittendo usufructu quo diversitate rerum tempora ante distinxisset.

Si domino proprietatis cedatur] Cùm vel proprietarius voluntate aut facto fructuarij usumfructum, vel fructuarius voluntate proprietarij proprietatem adipiscitur, ea res in specie à Justiniano consolidatio dicitur. In genere autem quævis ususfructus cum proprietate conjunctio sive confusio consolidatio est. Nam & morte fructuarij & capitis deminutione & non utendo consolidatur ususfructus cum proprietate, *l.3. in fin. de usufr. accref. §. seq. eod.* Est autem hæc species amissionis & ipsa ex natura ususfructus. Nam cùm in una & eadem persona proprietas & ususfructus concurrunt, solidam unus proprietatem nanciscitur, neque amplius jus utendi fruendi separatum intelligi potest, hoc est, ususfructus formalis, de quo hic quæritur, perit.

Cedendo extraneo nihil agitur] Cedendo scilicet in jure: nam extra jus, etsi verbum cedere accipimus pro quovis modo concedere aut jus aliquod alteri constituere, etiam fructuarium legimus posse ita jus suum cedere extraneo, ut patiatur eum uti frui: *l. usufructu 57. sol. matrim.* & eum, cui habitatio legata est, posse eam alteri cedere, hoc est, locare, aut vendere, *l. cum antiquitas 13. C. de usufr.* Diversi juris ratio mox indicabitur. Verba autem hæc, *nihil agitur*, *VVesemb. par. hoc tit. Pinel. l.1. de bonor. matern. p.3. num.39. Io. del Castill. tract. de usufr. cap.69. n.20. & seq. Bronch. 1. ass.91.* sic accipiunt, quasi dixisset Imp. cedendo extraneo ususfructus non finitur, non redit ad dominum proprietatis, nec ad extraneum transit, nulli ea cessio aut damnum affert aut lucrum: quibus accedit & Ant. Matthæus. Verùm ego existimo, quod & frequentius placuit, id quod hic dicitur, nihil agi, referendum esse ad intensionem cedentis & diversum exitum cessionis, quia ususfructus in extraneum, cui cessus est, non transit, sive quia per cessionem extraneo factam non finitur transeundo, ut fit cùm ceditur domino proprietatis: nihilominus tamen ex accidenti & præter mentem cedentis contingere, ut & hic finiatur atque ad proprietatem redeat, cùm à persona discedere sine interitu suo non possit, *l. vel si 15 fam. erc.* Atque ita in termi-

nis disertè responsum est à Pomponio, *l. si ususfructus 66. de iur. dot.* Quæritur eo loco, qua ratione ususfructus in dotem marito datus à domino proprietatis soluto matrimonio mulieri sine fraude ipsius reddi possit: & ait Jureconsultus, a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis; &, si extraneo cedatur, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Quia igitur in proposito cessio mulieri damnosa foret recurrente usufructu ad proprietatem, hoc consilio Jureconsultus dat, ut usufructus mulieri locetur, vel vendatur uno nummo: ita fore, ut ipso jure penes maritum remanente facultatem fructuum percipiendorum mulier consequatur. Hoc responsum non satis pensiculatè examinasse videntur auctores paulò ante memorati, dum negant ex eò effici quod nos dicimus, usumfructū statim ut cessus est extraneo, ad proprietatem redire: sed hoc saltem, recuperaturum suo tempore, scilicet morte fructuarij aut aliis modis finitum. Nam hoc etiam futurum est, remedio, quod Jureconsultus suggerit, adhibito. Sed & quod ait, eo demum adhibito jus ipsum penes maritum remanere, certum argumentum est eo omisso non remanere. Postremò si non statim post cessionem cum proprietate ususfructus conjungitur; nullum mulieri præjudicium marituş cedendo faciet, consequeturque mulier id ipsum, quod quærebatur, & quo nihil amplius desiderare potest, perceptionem fructuum usque dum morte mariti ususfructus finiatur. Quorsum igitur consilium Jureconsulti? Aut cur negat in proposito quicquam transire. Non est contrarium, quod fructuarius jus suum cuivis extraneo vendere aut gratis etiam concedere potest, *§. 1. inf. tit. prox. l. 12 §. 2. l non utitur 38. de usufr.* Nam qui vendit usumfructum aut alteri concedit, non hoc agere intelligitur, ut jus omne totum, quod habet, à se dimittat & transferat in alium, sed ut retento jure, quod ex constitutione personæ eius inhæret, facultas tantum fructuum percipiendorum ad alium pertineat, quamdiu jus illud in persona sua durabit. Quod & ipsum etiam tunc obtinet cum ususfructus venditus est domino proprietatis, *l. Pomponius 29 §. 1. hoc tit. quib. mod usu am.* indeque est, quod finiri dicitur ususfructus, non si vendatur proprietario, sed si cedatur. Quod nescio an quis alius animadverterit. Cessio autem vetus est & proprium alienationis genus, qui fiebat in jure apud prætorem, quaque id agebatur, ut a cedente jus omne quod habebat, penitus abiret & transferretur in eum, cui cedebatur. Cuius meminit *Cic. in Top. & Boët. ibi. item Ulp in fragm. tit 11. & 9 Paul. 5. sentent 6.* Igitur in proposito discedente per cessionem a persona cedentis fructuarii omni jure, quòd ante habebat, duorum alterum evenire necesse est, ut aut in eũ, cui cessus est, ususfructus transeat, & novus constituatur fructuarius; aut revertatur ad dominum proprietatis: illud ut fiat, ratio juris non sinit: relinquitur ergo alterum, ut ususfructus ad proprietatem recurrat, & consolidatione finiatur. Similia sunt, quæ de tutula & hæreditate cessa notat Ulp. *d. tit. 11. §. 6. & d. tit. 19. §. 13.* Non adeò magni momenti sunt, quæ porrò huic sententiæ subjiciuntur, veluti quod ea, quæ personæ cohærent, facto eius mutari non possunt, *l. ea quidem. C. si manc. ita fuerit alien.* Nihil enim minus hic verum est; alioqui ne ipsi quidem domino ususfructus cedi posset. Item [illegible] non præstent impedimentum, quæ de jure non [illegible]ntur effectum, *c. non præstat. de reg. jur. in* [illegible]idem novum non est, ut quæ de jure non [illegible]untur effectum, quod aliis noceant tamen ei, qui fecit, *l. 3. qui & à quib. man. pr. sup. quib. ex ca. man. junct. l. 5. C. de serv pign. dat. man. §. ult. inf. de d. nat. l. hæres 28. qui & à quib man iunct. l. si quis inquilinos 112. §. 1. de legat. 1. l. acto e 65. § 3. pro soc.* sufficitque ad hoc, peccatum esse ignorantia iuris, licet delictum propriè non versetur, *argum. l regula in pr. & § si quis 5 de iur. & fact ign. l cum quis 10. C. de jur & fact. ign. l error. Cod. ad leg Falc.* & passim alias. Quæ non valent, ut fiunt, puniuntur, quia non fiunt uti oportet, *tit de his quæ ut indign. auf. tit. de iur. fisc. & similib.* In summa, non est novum ut quod de jure non sortitur effectum ratione unius, ut ei prosit, sortiatur tamen respectu alterius, ut ei noceat. Exempla in *l plane 34 pr. de legat. 1. l. licet 20. l legatum 24 §. 1. de adim. leg.* sicut nec illud, ut qui male agit, nihil agere dicatur, *pr. Inst. quibus ex caus. man. iunct. l 5. de serv pign. dat man. l. 13. de donat. iunct. l. 37. §. ult de acq rer dom.*

Ne areæ quidem usumfructum deberi] Supervacuum foret monere, sublata re fructuaria usumfructum extingui, si nihil aliud eo significaretur, quam finiri usumfructum interitu totius rei. Sed sciendum est, hoc etiam pertinere ad eas res, quarum species interior & forma mutatur, licet post mutationem pleræque partes maneant, quæ erant eiusdem corporis, in quo ususfructus consistebat: nam & hic quia res desinit esse, quod prius fuerat, perinde ususfructus extinguitur, ac si ea in totum sublata esset, nullaque eius pars amplius in rerum natura existeret. Quod multis rerum exemplis declaratur *l. 5. §. pen & ult* & porro usque ad *l. 13. item l. pen. & ult. hoc tit. l qui usumfructum 36. de usufr.* Cæterum etsi magna mutatio in re facta sit, si tamen ea priorem rei speciem non prorsus tollat, placet usumfructum manere,

manere, *l. 8. & 2. seqq. hoc tit. l. si cui 53. de usufr.* Hoc igitur videndum, quando mutatione rei facta for-
5 ma seu species prior mutata intelligi debeat. Et de eo statuendum ex mutatione nominis, tenendaque generalis hæc notio; Si talis mutatio inciderit, ut res propterea in aliud nomen transeat, prius amittat, formam etiam rei mutatam censeri & usumfructum interire: sin post mutationem vetus nomen maneat, non videri speciem mutatam, atq; usumfructum retineri. Non sanè quia nomen quidquam pertineat ad substantiam rei; sed quia ex nomine, ut ex posteriori, quale quidque sit, intelligitur: à forma enim res nomen accipit, eaque mu[illegible]terum amittit; indeque est, quod per nomi[illegible]nur cognoscere & dignoscere rerum natur[illegible]ore Platone *in Cratyl.* Ad priorem mutationis speciem pertinet exemplum, quod hic & in *d. l. 5. §. pen.* affertur de ædibus, quarum ususfructus legatus erat, sublatis: nam sublata superficie, quia ædes ampliùs non sunt aut nominantur, forma rei mutata intelligitur; ideoque nec areæ, quæ adhuc superest, licet pars ædium fuerit: *l. domo 21. de pign. act. l. qui res 98. sub fin. de solut.* ususfructus debetur. Ex contrario quoque, si in area, cuius ususfructus legatus est, domus posita sit, ex mutato nomine rem mutatam intelligimus. Et usumfructum interire, *d. l. 5. §. ult.* Similiter si quadrigæ usufructu legato vel unus ex equis decesserit, vel gregis usufructu legato numerus ovium ad eam paucitatem redactus sit, ut gregem non constituat, unà cum nomine quadrigæ aut gregis ususfructus extinguitur, *l. quid tamen 10. §. ult. l. ult. eod.* Eandemque rationem habet, quod pecorum usufructu relicto, si qua pecora moriantur, adeo pereat ususfructus, ut nec carnis aut corij supersit, *l. pen. quibus mod. us. am.* Posterioris generis exemplum est, si fundi ususfructus legatus sit, & villa diruta: nam hic cum nomine fundi, cuius villa tantum accessio est, usumfructum manere placet, *l. 8. l. 9. & d. l. 10. in pr. eod.* Item si pars ædium, in quibus ususfructus constitutus erat, licet maxima, corruerit, pars tamen homogenea, quæ superest, ut nomen, ita & usumfructum retinet, etiam totius soli, *l. si cui 53. hoc tit.*
6 *de usufruct.* Quæritur autem huius juris ratio, & omnino cur placeat vel aliquando usumfructum rei mutatione extingui, & in iis etiam partibus, quæ mutato toto adhuc extant: nam in cætero jure generaliter atque indistinctè receptum est, ut re mutata, qualiscunque mutatio facta sit, quid adhuc restet, in eo jus idem, quod prius in toto cōstitutum erat, remaneat. Ut ecce; Insula legata combusta est, area nihilominus vindicari potest, *l. si grege 22. de leg. 1.* domus pignori obligata est, sublata superficie area pignori obligata manet, *l. domo 21. de pign. act. l. Paulus 29. §. 2 de pignor.* Grex legatus est, & postea numerus ovium in tantum decrevit: ut grex non intelligatur, tamen capita, quæ supersunt, vendicari possunt, *d. l. 22. de leg. 1.* Pecora legata mortua sunt: etiam τα λείψανα ex legati causa debentur, *l. quid ergo 53. §. sed si 5. de legat. 1. junct. l. solum 49. §. de rei vend. l. 14. §. 2. de cond. furt.* Cur omnia contra in legato usufructu rei: Probabile est, quod D. Bachovius respondet, (dicam autem, si possum, explicatius) ideo in proposito aliud in usufructu, aliud in proprietate legata placuisse, & usumfructum amitti, quia incidente ea, quam dixi, mutatione, res amplius eum usum prostare aut pati non potest, qui fuit tempore testamenti facti, & quem solùm testator legasse censeri debet, non alium, quem aliquando res mutata præbere posset: atque omninò finito eo usu, quem tunc res habebat, solidam proprietatem ad eum pertinere voluisse, cui eam nudam interim reliquerat. Constat autem, longè alium usum esse ædium, alium areæ; alium gregis sive universitatis, alium singulorum capitum; alium pecoris, alium corij, *l. quid ergo 73. §. 3. de usufruct.* Cùm verò res ipsa aut proprietas rei legatur, nihil est in re legata aut ex ea, quod dici potest legato non contineri. Proprietas uniusmodi est, eadem totius & singularum partium: unde & toto dissoluto aut mutato, partium, quæ supersunt, proprietas manet. Eademque ratio est rei nexæ seu pignori obligatæ. Planè si universorum bonorum ususfructus legetur, quæcunque in toto aliquo mutatio contingit, semper partis, quæ post mutationem manet, ususfructus debetur, & talem, qualem pati potest, præstabit; scilicet quia sub appellatione bonorum etiam separatim partis illius ususfructus legatus est, *l. quotiens 34. §. ult. de usufr.*

TEXTUS.

4. *Cùm autem finitus fuerit totus ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem, & ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem.*

NOTÆ.

4. FINITUS FUERIT TOTUS] Disertè *totus.* Quippe qui inter se jus habent accrescendi, *l. 1. & tot. tit. de usufr. accresc. Vide Fusius in comment.*

COMMENTARIUS.

1. *Propria juris accrescendi inter plures in eundem usumfructum conjunctos.*

TOtius ususfructus] Cùm u[illegible]sfructus in totum finitus est, ad proprietatem, unde discesserat, revertitur, atque ex eo tempore qui antè formalis erat, causalis incipit, ut vulgus Interp. loqui amat. Ait autem disertè, si *finitus fuerit totus* : nam si pro parte tantum, ita demum pro parte amissa ad proprietatem redit, si non plures in eundem usumfructum conjuncti sunt, aut conjuncti omnes eum amiserunt, *l.1. pr. & §.3. l.3 de usufr. accres.* Conjuncti inter se jus accrescendi habent: de quo iure ex professo dicendum sub *§. si eandem, inf. de legat.* tantum quæ propria huius juris sunt in usufructu, hic obiter notabimus. Sunt autem maximè duo: unum est in parte deficiente & accrescente; in quo hoc singulare, quod & quæsita & deinde amissa jus accrescendi admittat, sive conjuncto accrescat, *d.l.1. §.3.* alterum in persona eius, cui accrescit, ut & jus accrescendi habeat, qui suam partem vel non agnovit vel agnitam amisit, *l.10. eod.* quorum neutrum obtinet in proprietate pluribus legata, aut in pluribus hæredibus ad eandem hæreditatem vocatis. In his enim sic jus est, primùm ut nunquam unius portio, quam semel agnovit, alteri collegatario vel coheredi accrescat: deinde ut ita demum deficientis seu legatarij seu hæredis portio accrescat alteri, si is portionem suam agnovit; & agnitam habet, *d. §. si eadem, l. qui ex duabus 53. §.1. de acq. hær. l.3. §. ult. & 2. ll. seqq. de bon. possess. l. si ex pluribus, de suis & leg. hær. l. un. §. his ita, & seq. C. de cad. toll.* Diversi juris rationem ex Celso & Juliano indicat Ulpian. *d.l.1. §.3.* quia ususfructus cottidie constituitur & legatur, non ut proprietas, eo solo tempore, quo vendicari potest, hoc est, quo nondùm quæsita est. Hæc una ratio utrumque hoc, quod proprium in usufructu esse diximus, efficit, ut scilicet & amissus alteri conjuncto, utpote cui is adhuc legari intelligitur, accrescat, & accrescat etiam non agnoscenti vel amittenti portionem suam, quippe cui & ipsi ea portio, quam non amisit, adhuc legari intelligatur. Hinc illa veterum: *Vsusfructus non portioni, sed homini accrescit, l. 14. §.1. de exc. rei jud.* Item, *Portio fundi velut alluvio portioni, personæ fructus accrescit. Papin. l. si Titio 33. in fin. hoc tit. de usufr.* Consul. *Dom. 10. comm. 23. Ioan. Suev. 1. de jur. accresc. 4. & Clariss. IC. B. M. D. Corn. Svvanenburg.* in libello suo posthumo *de jur. accr. cap. 4.*

TITULUS V.

De usu & habitatione.

Continuatio; quid sit usus, quid uti, qua onera usuario incumbant.

EX tribus servitutum personalium formis una & præcipua superiore titulo explicata est, ususfruct. sequuntur duæ reliquæ, usus & habitatio; ac de utraque conjunctim nunc agitur hoc in titulo. Primùm de usu, quibus modis constituatur & amitta[illegible]ligito ostenditur; mox quid contineat, accu[illegible]cetur exemplis, usus fundi, ædium servoru[illegible]corum: postremo tractatur de habitatione. Quo peracto aperitur aditus ad modos acquirendi jure civili. Usum sic rectè definiemus, jus alienis rebus utendi, salva rerum substantia. Usus est jus, sicut & ususfructus & prædiorum quoque servitutes jura sunt, & dicuntur respectu eius, cui debentur. Est jus utendi, non etiã fruendi; nam fructui quidem usus inest; at usui fructus deest, *l.14. §.1. hoc tit.* Uti, est rem tractare & exercere ad commoditatem aliquam ex ea percipiendam, quæ secundùm rei conditionem inde percipi potest. Atque hoc usui commune est cum usufructu, quod uterque in commoditate ex re percipienda versatur: verùm hoc interest, quod nudus usus quotidiana utentis sufficientia & consumptione terminatur, ususfructus omne rei emolumentũ continetur. Est igitur usus jus utendi duntaxat, non etiam fruendi: sed de eo postea magis seriò. Cætera definitionis etiam usuifructi conveniunt: nam nec usus rei propriè separatus intelligitur; & usuarius ita etiam uti debet, ut ne rem consumat aut transformet, causamve proprietatis deteriorem faciat, eoque nomine cavere, scilicet adempta fructus causa, usurum, se boni viri arbitratu, & cùm usus finitus erit, restituturum quod inde extabit, *l.5. §.1. l. pen. us. quem cau. l. pen. §.2. hoc tit.* quod mirum est negare D. Giphanium. In aliis oneribus hæc distinctio placuit, ut si omnis fructus ad usuarium redit, etiam onera, puta tributa, & impensas refectionis culturæve, ferre debeat; si ad proprietarium, hunc onera sequantur; si verò ad utrumque, pro rata dividantur, *l. si domus 18. eod.*

TEXTUS.

Ijsdem illis modis, quibus ususfructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet:

ijsdem,

ijsdem illis modis finitur, quibus & ususfructus desinit.

NOTÆ.

IISDEM (ILLIS MODIS] Ex Cajo *l.5. §.ult. D. de usufr. & l. 1. h.t.* Ergo constituitur nudus usus & pactionibus inter vivos & ultima voluntate: amittitur morte, &c. ut *§.3. sup.tit.* Hoc interest, quod ususfructus & pro parte constitui & amitti potest, usus non item, *l.5. de usuf. l.19. h.t.* ubi Paul. ait frui, quidem pro parte nos posse, uti non posse.

COMMENTARIUS

1. *Quid inter usum & usumfructum intersit, tum in constituendo, tum in amittendo.*

AIt, iisdem modis nudum usum constitui solere, iisdemque modis amitti, quibus ususfructus constituitur & desinit; idemque traditur, *l.3. §.ult. de usufr.* & de constitutione, *l.1.§.1. hoc tit.* Constituitur igitur & nudus usus pactionibus & stipulationibus; maximè verò testamento, sicut & ususfructus, *§.1. tit.præc. l.3. l.6. de usufr. tot. tit. de usu & usufr. leg.* & testamento quidem ipso jure, pactionibus autem accedente facto seu traditione constituentis, puta si usuarium induxerit in fundum aut ædes, aut patiatur eum uti, *d.l.3. de usuf.* Sed & longa quasi possessione nostra usus acquiri potest, sicut cæteræ servitutes omnes, *l.ult. C. de præsc. long. temp.* Amittitur morte usuarij, maximaque & media capitis deminutione, non utendo, consolidatione, interitu & mutatione rei usuariæ, quibus sc. modis usumfructum extingui constat, *§. pen. tit. præc.* Est tamen quod inter hæc duo & in constituendo & in amittendo intersit. In constituendo, quod ususfructus etiam pro parte constitui potest, usus non æquè, *l.5. de usufr. l. usus 19. hoc tit.* Etenim frui pro parte non possumus, sed usus cuiusq; semper in solidum est, *d.l.19. iunct. l.5 §.ult. commod.* Hoc autem ex eo est, quod usus tantum necessitati servit, & solo utentis facto ac consumptione terminatur nihil relinquens quod dividi possit: in quo similis est servitutibus prædiorum, quæ & ipsæ, quia in solo usu consistunt & facto terminantur, individuæ, *l. via 17. de serv. l.1. §. si ususfructus 9. ad leg. Falc.* Ususfructus autem dividuus est: quia licet & ipse in facto ab initio consistat, facto tamen solo non terminatur, sed post se relinquit & fructuario adjicit fructus atque omnem rei utilitatem, cuius utique divisio esse potest, *d.l. 1. § 9. l. sed usufr 81. ad l. Falc. Cuiac. Don. & DD. vulg. ad l. stipulationes 72. de verb. obl. Gomes. 2. res. 10. n. 18. Castill. tr. de usufr. c. 31.* Adhuc usumfructum quoque constitui legimus in judiciis familiæ erciscundæ & communi dividundo, si iudex alteri fundum, alteri usumfructum adiudicaverit, *leg. 6. §. 1. de usufr. l. 16. §. 1. fam. erc. l. 6. §. 10. comm. div.* de usu nihil tale, non magis quàm de servitutibus prædiorum. In amittendo hoc interest, quod usus amissus semper ad proprietatem redeat, nunquam ad conjunctum, ut aliquando ususfructus. Quinimo plures in eundem usum conjungi non possunt: nam qua ratione usus divisionem non recipit, eadem nec recipit communionem. Ea propter si duobus eiusdem rei usus legatus sit, nulla intelligitur coniunctio aut usus inter eos communio; nec concursu partes faciunt. Et ideo altero deficiente nihil alteri accrescit, sed quod omissum aut amissum est, statim ad proprietatem redit: ac neque communi dividundo judicio locus est inter duos eiusdem rei usuarios, *l.1. com. div.* ut inter plures eiusdem rei fructuarios, *l.7. §.10. eod. tit.* nisi utili: arg. *l.32. de stip. serv.* & tum res ita transigetur, ut uni usus totus adiudicetur, & is alteri vicissim condemnetur in præstationem partis æstimationis, *l.10. §.1. comm. div.* aut ut utendi necessitas inter eos temporibus dividatur, *per l. arbor. 19. §. ult. d. tit.*

TEXTUS.

1. *Minus autem juris est in usu quàm in usufructu: nam is, qui fundi nudum habet usum, nihil alterius habere intelligitur, quàm ut oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis & lignis ad usum quotidianum utatur: inò, eo fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque ijs, per quos operæ rusticæ fiunt, impedimento: nec ulli alij jus, quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest: quum is, qui usumfructum habet, possit hæc omnia facere.*

NOTÆ.

1. MINUS IURIS] Id est, minus emolumenti. Nam usus quotidiana utentis sufficientia & consumptione terminatur, *l.12. §.1. h.t.* ususfructus omnem rei utilitatem continet, *l.7. l.9. D. de usufr.* Denique fructuarius defruitur. Defrui est omnem rei fructum percipere. Fest.

HACTENUS MORARI] *l.11. eod.* sed explica hæc ex *l.10 §.ult. l.12. C. eod.*

HÆC OMNIA FACERE] *l.12. §.2. l.38. l.67. D.*

de usuf. l. 8. §. ult. D. de per. & com. rei vend. retento scil. in re, quod personæ eius inhæret, *l. 66. D. de iur. dot.*

COMMENTARIUS.

1. *Usuarium etiam ex fructibus industrialibus sumere posse, quantum ad victum sibi sufficiat; & qua conditione.*
2. *Modus hujus juris proprius; & quam largè aliquando cum usuario agatur.*
3. *Quarum partium fundi possessio quodammodo penes usuarium.*
4. *Usuarium rem utendam alij locare aut vendere non posse: nisi fortè ex conjecturis appareat, hoc quoque jus ei concessum.*
5. *Fructuarium posse ius, quod in re fructuaria habet, alteri locare, vendere, gratis concedere: retento scilicet jure, quod ex constitutione personæ eius inhæret.*

HOc §. & 3. *seqq.* docet Imperator, quid rei cuiusque usus contineat, & quibus in rebus discrepet ab usufructu: idque, exemplo veterum, declarat propositis ordine quatuor speciebus, usu fundi, ædium, servorum, pecorum: unde reliquarum rerum usus satis intelligi potest. Initio tradit generalem regulam, quæ ad rerum omnium usum ex æquo pertinet. Ait, minus juris esse in usu, quam in usufructu; id est, minus emolumenti, ἧττον κέρδος: siquidem usus cuiuscumque rei non plus commoditatis aut utilitatis tribuit, quam quantum usuario necessarium est, eique sufficit ad usum & consumptionem quotidianam, arg. *hujus §. & l. plenum 12. §. 1. eod.* Ususfructus autem extra hanc sufficientiam & consumptionem progreditur, omnemque utilitatem, commodum omne, quod quavis ratione ex re percipi potest, sine exceptione continet, *vid. tit. pr. in pr.* Denique & usufructui inest: & ideo si usufructu legato, usus adimatur, placet nullam esse ademptionem, &, si tibi usus, mihi ususfructus legetur, concurrere nos in usu, *l. per servum 14. §. 1. & 2. hoc tit.* In summa utimur ad indigentiam, fruimur etiam ad compendium: uno verbo, fructuarius defruitur. Defrui dicebant antiqui, teste Festo, ut deamare, deperire, significantes, omnem fructum percipere. Planè in pecunia & cæteris rebus, quæ usu consumuntur, nihil interest, usus legetur, an ususfructus: quia usus in his rebus tantum continet, quantum ususfructus, *l. 5. §. ult. l. 100. §. 1. de usufr. ear. rer. quæ us. cons.*

Oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis & lignis] De his nulla fuit inter veteres controversia. Dubitatum de foliis, oleo, frumento, frugibus, sed obtinuit contra Nervæ sententiam, ut etiam ex his usuarius sumere posset, quod ad victum sibi & familiæ suæ sufficiat; & generaliter ex omnibus, quæ in fundo nascuntur, *d. l. 12. §. 1. hoc tit.* Malim tamen eo loci *pro foliis* legere *oleis*, cum D. Cuiac. *in not. ad hunc loc. & 9. obs. 37. Don. 10. comm. 25.* ut oleæ & oleum conjungantur cum cæteris, quæ maius proprietarij onus continent: nam ineptum videtur atque iniquum, usum foliorum arborum denegare ei, cui pomis, fœno, olere, lignis uti conceditur: & quod de usu foliorum ex Catone & Columella refert Rævard. *2. coni. 4.* pecora illis ali solita, hoc vel magis ad fœnum pertinet, Stramenta quoque jumentis usui sunt & esui, & poma, olera, familiæ domini rusticæ. Nullo autem colore, quod Jureconsultus de foliis indefinitè enunciat, trahi potest ad folia barbarica aut Indica; aut cum Zas. *[illegible] tit. n. 12.* (unde transtulit Cantiuncula in para[illegible]asin suam) ad folia mori, quâ fronde nova pubescentem depascuntur bombyces; aut palmæ ex cuius foliis in quibusdâ partibus lanam trahi, & validos funes in Oriente fieri testatur, *Plin. lib. 13. c. 4. & lib. 16. c. 24.* Et cur nō addiderunt scopas etiam è palma fieri solitas, quod ostendit Martia. *lib. 14.* his versibus.

In pretio scopas testatur palma fuisse:
Sed pretium scopis nunc analecta dabunt:

Et fortassis hic usus non minus Europeæ, quàm Asiaticæ & exoticæ fuit. Cęterùm ita demum existimo, vinum, frumenta, & cæteras fruges in usum venire, si vindemiarum sementisque & arationis pro sua parte usuarius sumptus ferre velit: quod etsi nusquā scriptum est, humanitas tamen suggerit: & usu fundi relicto, si non major sit fructus, quàm qui legatario usui sit, æquum est, ipsum solum onera culturæ sustinere, *per l. si domus 18. hoc tit.* Manifestè autem fallitur Wesemb. *par. hoc tit. n. 2.* dum simpliciter negat, usuarium uti posse frumento aut cęteris fructibus industrialibus; contra textum expressum in *d. l. 12. §. 1. eod.* & cur, cùm impensas sementis præbet, non utatur terræ matris largitione?

Ad usum quotidianum] Modus utendi huius juris proprius dum ex his omnibus sumat usuarius, quod ad victum sibi suisque sufficiat, non amplius, *d. l. 12. §. 1.* Quantum autem cuique sufficiat, id æstimandum ex dignitate & conditione utentis: neque enim ita usus restringendus est, ut non etiam pateat & honestati vitæ & dignitati. Quin etiam longius aliquando itur, & tam largè cum usuario pro dignitate ejus agitur, ut his rebus non tantum cum familia, sed etiam cum convivis & hospitibus uti ei permittatur: hactenus tamen, ut oleo, frumento, & cæteris frugibus cum convivis & hospitibus utatur in villa: cætera, quorum non admodum grave onus est, si abundent in fundo, etiam in oppidum deferri hujus rei gratia possunt.

possunt, *d.l.* 12. §. 1. Enimverò necesse non est, sumere singulis diebus, quod in singulos eos sufficiat: sed ex penu, hoc est, ut ego interpretor, ex eo, quod ad penum pertinet, capere licet, quod sufficiat in annū: quamvis eo modo fructus consumantur, quod facilè evenire potest usu mediocris prædij relicto: nam usuarij prior semper ratio est, *l. si alij 42. de usuf.* & in usu domus & servi hoc accidit, ut nihil alii fructuum nomine supersit, *l. fundi 15. hoc tit D Tuld. comm. hic c. 2.* eademque causa est navis, vestimentorum, vehiculi, & similium rerum, quarum fructus in usu est. Cæterùm usuario intra annum mortuo, quod ex penu supereſt, ad hæredem eius non pertinebit: desiit enim posse uti, neque usuarius fructus, quos decerpsit aut collegit, suos facit, aut perceptionis dominium eorum acquirit, quod tribuitur fructuario: sed tantum jus iis modicè utendi habet. Illud constat, non posse ei, qui usum habet, objici quod pecuniis abundet, unde sibi quæ opus sunt, aliundè quàm ex re usuaria comparare possit.

Hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit] Possessio earum fundi partium, quæ ad fructum ferendum comparatæ non sunt, quodammodo penes usuarium est: placet enim, eum solùm usurum cellis vinariis & olearijs, dominum invito eo non usurum: *l. 10. in fin. hoc tit.* Deambulandi quoq; & gestandi in locis ad eam rem paratis solus jus habet, *d.l. 12. §. 1. eod.* Prætorio autem, hoc est, villa urbana, sive domo, non fundi, sed domini causa parata, non utetur, nisi & nominatim huius usus relictus sit, & tum quidem utetur solus, *d.l. 12. in pr* Sed villam suo jure occupabit, & dominum illo venire prohibere poterit: tantùm pati eogetur illic habitare colonum & familiam rusticam, quæ agri colendi causa illic sit: sed nec impedire: poterit quominùs proprietarius ipse eò veniat ad fructus percipiendos, & per tempora fructuum colligendorum ibi habitet, *d.l. 10. § ult. & d.l. 12 inpr.* Hinc explicandum quod ex Cajo *l. 11. eod.* Justinianus hic tradit, hactenus usuarium in fundo morari posse, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento. 3

Nec ulli alij jus quod habet locare aut vendere] Quod hic traditur, etiam ad aliarū rerum usum pertinet, *l. 2. & d.l. 12. §. 4 & ult. eod.* & hanc habet rationem, quod in usu spectatur persona eius, cui relictus est & modus familiæ eius, ut pro cōditione & dignitate sua utatur: quod fieri non potest, si alij venderet: nam emptoris alia potest esse consideratio & multū diversa à conditione usuarij. Id tamen cum hoc temperamento accipiendū est, nisi ex conjecturis appareat, testatorē jus quoq; locandi aut vendendi usum concedere voluisse. Cujusmodi conjecturæ sumi possunt vel ex conditione legatarij, vel ex genere relicti. Nam si auriga usus equorū legatus sit, cum testator sciret eum huius esse instituti & vitæ, placet eum etiam locare equos posse: quia de hoc etiā usu testator videtur sensisse & retulisse usum ad rationem vitæ legatarij, *d.l. 12. §. 5.* Si silvæ usus legatus sit, Adrianus statuit fructum quoque legatum videri; quia nisi liceret cædere silvam & vendere, quemadmodum usufructuariis licet, legatarius nihil habiturus esset ex eo legato, *l. pen. eod* quod plerique sic accipere, si silva remotior sit ab oppido: ut, si cogatur legatarius ipse eam cædere, & quod excidit usus sui causa domum comportare, plus impensurus sit, quàm si in propinquo ab aliis emeret: neq; ita intelligendum, quasi legatario liceat cædere & vendere tantum, quantum solebat dominus: aut quantum fructuario licet, sed pro modo & ratione usus sui. In universū autem non esse invidendū usuario, *Connan. 4. comm. 5. & VVesemb par. hoc tit. n. 3.* existimant, si velit, fructus, quos usus sui causa jam percepit & collegit, alteri vendere aut donare. 4

Possit hæc omnia facere] Rem utendam fruendam alteri locare, vendere, gratis concedere, *l 12. §. 2. de usufr.* etiam invito hærede, *l. 67. eod.* Græci ᾧ ἄχρι τοῦτο δέσποτά ἐστι, ἢ ᾧ τὰ κληρονόμα αὐτῶ. Interpretes hoc restringunt ad nudam fruendi commoditatem: cæterum veteres amplius quid intelligere videntur, qui sic loquuntur, ut dicant, usumfructuarium, jus, quod habet, *l. 11. hoc tit.* usumfructum, *l. non utitur. 38. eod* jus utendi fruendi, *l. 8. §. ult. de per. & com. rei vend.* posse alteri cōcedere, locare, vendere. Et illud tamen certū est, non posse fructuarium ullo modo alteri constituere usumfructum, hoc est novum in suum locum fructuariū substituere, nisi volente & sese accommodante domino proprietatis, *l. usufr. 57. sol matr.* Dicendum videtur cum domino Bachovio, duplex quodammodo jus fructuarium habere. Quorum unū merè personale est, ita infixum personæ ejus, cui usufructus primò constitutus est, ut ab eo avelli nequeat; unde etiam cum de amittendo aut finiendo usufructu quæritur, ejus solius persona semper spectatur, *d.l 8 §. ult. de per. & com. rei vend.* Alterum reale, consistens in usu & fruitione rei fructuariæ, quod à fructuario abire & in alium transferri possit, licet à personali illo jure pro manet inque eo ita radicetur, ut necesse sit cum illo extingui. Illustrat hanc distinctionem exemplo hæredis & creditoris: in quibus similiter jus geminum animadvertimus, unum, quod personale est, atque ossibus eorum, ut DD. loquuntur, inhæret, hæredi ex aditione hæreditatis, creditori ex obligatione quæsitum: alterum reale in re quæsita aut debita. Illud in eo cernitur, quod qui semel hæres extitit 5

semper

semper hæres maneat, ac proinde vendita hæreditate nihilominus actiones hæreditarias ipse exerceat & excipiat, *l.2.C.de hær. vel de act. vend.* creditor actione vendita jus ipsum agendi adhuc retineat, *l.3. C. de novat.* Hoc in eo, quod hæres jus omne, quod in re habuit, in emptorem hæreditatis transfert, *l.2.in pr. & passim de hær. vel act. vend.* qui ob id vicem hæredis obtinere dicitur, *d.l.2. §. antepen.* & utilibus etiam actionibus suo nomine experiri potest: ut & is, cui nomen venditum aut legatum est, *l.si cum 16. de pact. l.5.7.8.C.de hær.vel act.vend. l. ex legato 18. C.de legat.* Potest igitur fructuarius, ut eò redeam, etiam jus, quod habet, in alium transferre: utique tamen non illud, quod ex constitutione personæ ejus inhæret: sed eo retento, quod extra personam ejus consistit, quod habet in re fructuaria. Cumque nullo modo efficere possit, ut totum jus, quod habet, à se abeat atq; in extraneum transferatur, ne hoc quidem agere voluisse in dubio censeri debet, sed ubi causa sive titulus non obstat, sed appellatione ususfructus aut juris utendi fruendi nihil amplius transferre, quàm jure suo potest; veluti si locavit usumfructum aut jus utendi fruendi, si vendidit, donavit, *d.l non utitur 38. de usufr. l.11. hoc tit.d.l.8. §.ult. de per. & comm. rei vend.* De cessione autem in jure idem dici non potest, quia per eam necessariò jus omne à cedente abibat, secundùm ea, quæ tradita sunt sub §. pen. superioris tituli.

TEXTUS.

2. *Item is, qui ædium usum habet, hactenus habere intelligitur, ut ipse tantum inhabitet: nec hoc jus ad alium transferre potest: & vix receptum esse videtur, ut hospitem ei recipere liceat, & cum uxore liberisque suis, item libertis, nec non personis aliis liberis, quibus non minus, quàm servis utitur, habitandi jus habeat. Et convenienter, si ad mulierem usus ædium pertineat, cum marito ei habitare liceat.*

NOTÆ.

2. ITEM IS] Hic locus ex variis prudentum responsis consutus est, *leg. 2. l. 3. & aliquot seqq. hoc tit.*

UT HOSPITEM RECIPERE] Ex veteri more hospitii, quod inter privatos contrahebatur. V. Bud. ad π'. in *l.6. § 3. de off. proconf.* Salmas. ad *jus Attic. cap 26.*

NEC NON PERSONIS ALIIS] Tandem eo decursum, ut & inquilinum recipere possit, dum ipse quoque inhabitet, *d.l.2. § ult.* & pensionem percipere, *l.4. eod.*

SI AD MULIEREM] Hoc amplius & si virgini aut viduæ usus ædium legatus sit, placet & postea nubentem cum marito habitare posse, *d.leg.4. §.1.*

COMMENTARIUS.

1. Usuarium non prohiberi, dum ipse inhabitet, partem ædium, quam non occupat, alij locare.

HOc §. ostenditur, quod contineatur usu ædium: latissimè autem hoc declaratur [illegible] §.1. *cum 6.ll.seqq. & l.pen. § 1. hoc tit.* De eo nemo dubitavit, quin is, cui ædium usus legatus est, eas inhabitare possit: uti & illud quoque semper constitit, non posse usuarium habitationem alteri locare, vendere aut gratis cõcedere, *hoc tex. & l.8. eod.* Circa eum autem qui ipse inhabitet, quædam quæsita sunt. Veluti si ædes amplæ sint, & tam augustus usuarius, ut eas totas simul occupare non possit, an non liceat proprietario partibus iis, quæ vacabunt, uti: sed placuit, non licere: quia cum usuarius jus utendi habeat, etiamsi nunc non utatur, postea tamen cùm voluerit, uti potest, & alio tempore partes illas occupare, *d.leg. pen. §.1.* Item, an qui ipse inhabitet, possit in partem habitationis alios admittere: de quo mox in explicatione textus.

Nec hoc jus ad alium transferre] Qui usum ædium habet, neque locare, neque concedere habitationem, neque vendere usum potest, *l.8. hoc tit.* quod non est speciale in usu ædium, sed ad aliarum quoque rerum usum pertinet, ut relatum *sup. §.prec.* Illud speciale est, quod usus ædium & ususfructus in eo solum differunt, quod hic locari, vendi, alteri concedi potest, ille non potest. Cæterùm utentis nihil interest, usum ædium habeat, an usumfructum; idque clarissimè patet ex locis suprà citatis, & hoc, §. *iunct. l.15. eod.* Quod autem diximus, eum, qui usum ædium habet, non posse habitationem locare aut alteri concedere, hoc ita est, si seorsum locet aut concedat sine se, *d.l.8.* nam si ipse inhabitet; non prohibetur partem ædium, quam ipse non occupat, aut, quia nimis spatiosæ, occupare non potest, alteri locare, ut pensionem percipiat, *l.4. hoc tit.* quod Labeo dicebat, posse eum, qui ipse habitat, inquilinum recipere, *l.2. in fin. eod.* notatus à Proculo, quod *inquilinum* non bellè appellavit eum, qui cum alio habitat, *d.leg.4.* nam *inquilinus* propriè dicitur, qui in conductis ædibus habitat solus,

l. res

t. res pignor. l. 37. de acq. poss. l. 1. §. 1. l. 2. de migrand.

Et vix receptum esse videtur] Quod ait vix receptum esse, ut is, qui ædium usum habet, hospitem recipere possit, sic accipiendum est, ægrè quidem ab initio id receptum esse propter dubitationes veterum, tandem tamen obtinuisse, *d. l. 2. §. 1.* Ait, *ut hospitem recipere liceat.* Eum, qui ipse inhabitat, placuit etiam hospites recipere posse; *d. l. 2. §. 1.* sive gratuitum illis hospitium præstet, sive mercenarium, *d. l. 2. §. 1. & d. l. 4. in pr.* nec audiendus Bachovius, qui verbo hospitis eos solos significari existimat, quibus more veterum ex singulari amicitia jus mutuum *ἰδιοξενίας*, hoc est, privati hospitii erat: de quo *Bud. ad l. 6. §. 3. de off. proconf. Salmas. ad jus Attic.* cui 6. Planè etsi quemlibet extraneum convictorii recipere potest: tabernam tamen cauponiam rei exercere non licebit, quæ publicè viatoribus omnibus & peregrinis pateat, *arg. l. 13. §. ult. de usufr.*

Cum uxore liberisq; suis, item libertis] Domus usu marito relicto, facilè admissum fuit, ut maritus illic habitaret cum uxore liberisque suis, cum servis item & famulis, id est, cum omni familia *d. l. 2. in pr.* Quæstionis autē fuit, an & cum libertis: sed Labeo & Celsus etiam hos recipi posse admiserunt, *d. l. 2. §. 1.* Paulus & clientes *l. 3. eod.* Ita dicebantur homines liberi, qui se ad potentioris alicuius dictum applicabant, ut ejus patrocinio defenderentur in capite & fortunis, *l. 7. §. 1. de capt. & postlim.* susceptos posterior ætas vocavit, *consul. Hotom. in lexic.* Nec mirum, hoc admitti, cùm etiam extraneus quilibet, ut iam dictum est, recipi possit, qui modò honestè cum eo, qui usum habet, habitaturus sit.

Cum marito ei habitare] Ne mulieri matrimonio carendum sit, cùm uti vult domo, *d. l. 4 §. 1.* Sed etsi usus ædiū mulieri legatus sit ea conditione, si à viro divertisset, placuit tamen, cum viro habitaturā, remissa ei conditione legati, *d. l. 8. §. 1.* Hoc amplius, si virgini aut viduæ legatus sit, placuit & posteà nubentem cum viro habitare posse, *d. l. 4. §. 1.* nec solùm cum marito, sed & cum liberis, parentibusque & libertis, cum socero etiam habituram: atque eo usq; processum, ut eosdem, quos masculi, etiam mulieres recipere possint, *d. l. 4. in fin. & l. 6. eod.* Possunt ergo & hospitem, sed non aliter, quàm si is sit, qui honestè cum iis sit habitaturus, *l. 7. eod.*

TEXTUS.

3. *Item is, ad quem servi usus pertinet, ipse tantum opera atque ministerio ejus uti potest: ad alium verò nullo modo jus suum transferre ei concessum est. Idem scilicet juris est & in jumento.*

NOTÆ.

3. IPSE TANTUM OPERA] Non modò tamen ad ministerium suum, sed etiam liberorum suorum & conjugis, *l. 12. §. pen. eod.* operas tamen non locabit, neque alij utendo concedet, *d. l. 12. §. ult. v. & l. 13. l. 14. & 20. eod.*

IN IUMENTO] ὑποζυγίῳ, equo, bove, asino, *v. d. l. 12. §. 3. & 4.*

COMMENTARIUS.

SErvorum usus est in eorum operis: est & in fructibus, hoc est, iis rebus, quæ per servos acquiruntur. Operis uti potest usuarius in re qualibet, nec tantùm ad ministerium suum, sed etiam ad liberorum suorum & conjugis, *l. plenum 12. §. pen. & ult. hoc tit.* dum tamen secundùm conditionem servi: nam & à fructuario hoc exigitur, *l. 15. §. 1. de usufr.* Cæterùm ipsum usuarium uti oportet, non aliis operas locare aut utendas concedere: quanquam parum refert, utrum utatur in re planè sua, an in opere alieno, quod ipse expediendum conduxerit, *d. l. 12. § ult. & l. seq. eod.* De iis, quæ per servum usuarium acquiruntur, ita placuit, ut si quid acquirat ex operis suis, id non acquiratur usuario; quoniam nec locare servi operas potest: sin autem ex re usuarij, putà si institor erit: & opera usuarius utatur in taberna ad merces emendas & vendendas, aut si jussu usuarij per traditionem accipiat, usuario acquirit, cum hac opera in re sua usuarius utatur, *l. per servum 14. in pr. l. si ita 16. §. 2. l. servus 20. eod.*

Idem scilicet juris est & in jumento] Jumentorum quoque usus, sicut servorū, in operis est, & quidem solis, ut equorum, mulorum, asinorum, item boum: habetque in his usuarius omnem usum ad arandū, ad vehendum sub jugo, ad onera ferenda, & ad cætera, ad quæ hæc animalia apta sunt: uterur autem secundùm conditionem cuiusque jumenti & morem regionis, *l. 12. §. 3. & 4. hoc tit.* nec locabit, nisi fortè de eo etiam usu testatorem sensisse appareat. Quid enim si aurigæ equiti usus legatus sit, cùm sciret testator eum huius esse instituti? *d. l. 12. §. 4.* Et si fortè unius bovis usus legatus sit homini tam inopi, ut alterum emere non possit, nec cum uno fundum suum arare, non puto ei invidendum, ut cum vicino, qui itidem bovem habeat, agat, ut per aliquot dies invicem bovem ad opus faciendum commodent, ne legatum ei inutile sit, *arg. l. pen. in pr. eod.* Hoc & Cantiuncula; ex quo ad verbum, ut ferè omnia, descripsit Mynsing.

TEXTUS.

4. *Sed si & pecorum vel ovium usus legatus sit, neque lacte, neque agnis, neque lana utetur usuarius: quia ea in fructu sunt. Planè ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest.*

NOTÆ.

4. PECORUM VEL OVIUM] Pro *vel* legendum videtur *veluti : οἷον ὡσεὶ πάντων*, ut Th. Paulus, *d. leg.* 12. §. 2. *puta gregis ovilis.* Nemini enim dubium est, quin pecorum appellatione etiam oves contineantur. Quod verò quidam ex eo effici negant, legatum ovium esse speciem legati pecorum, ridiculum est.

NEQUE LACTE] Nisi modico : neque enim tam strictæ voluntates interpretandæ, *d. l.* 12. §. 2.

COMMENTARIUS.

PECORUM VEL OVIUM] Ἁμάρτημα Triboniani: nisi legendum, *veluti ovium, οἷον ὡσεὶ πάντων*, ut vertit interpres Græcus, & flagitat locus Pauli *d. l.* 12. §. 2. *hoc tit.* unde hic desumptus est: quippe nemini dubium est, quin appellatione pecorum etiam oves contineantur: & facetum est, quod ex Mynsingero in margine hic adscripsit Pacius, quamvis oves sint species pecorum, non propterea tamen legatum ovium esse speciem legati pecorum.

Neque lacte, neque agnis, neque lana] Igitur in usu pecoris, puta gregis ovilis, vaccarum aut caprarum, minimum est: nam nihil ex iis, quæ in fructu harum pecudum sunt, usuarius sumere potest: sed tantum ad stercorandum agrum suum quo pinguior & fœcundior fiat, his utitur & insuper modico etiam lacte, neque enim tam strictè voluntates interpretandæ, *d. l.* 12. §. 2. Cumque cæterarum rerum etiam possessionem tradi usuario oporteat, ut ijs utatur, diversum tamen esse apparet in pecoribus, quæ tantùm ad fructum ferendum habentur.

TEXTUS.

5. *Sed si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque usus fructus, sed quasi proprium aliquod jus: quanquam habitationem habentibus propter rerum utilitatem, secundùm Marcelli sententiam nostra decisione promulgata, permisimus non solùm in eo degere, sed etiam alijs locare.*

NOTÆ.

5. QUASI PROPRIUM IUS] Nisi quod non utendo non amittitur, neque capitis deminutione, *d. l.* 10. propterea quod in facto magis, quàm in jure consistit, *l. pen. de cap. min.* Unde quoque est quod dies legati habitationis non semel, sed per dies singulos cedit, quasi plura hic sint legata *l.* 1. *pr. quand. dies us. leg. cod.*

NOSTRA DECISIONE] Ex constitutione Justiniani habitatio usumfructum ædium imitatur, ut & locari possit: & consequenter etiam vendi & gratis alteri concedi, jure ipso apud eum, cui constituta est, manente: nihil enim interest. Constitutio extat in *l.* 13. *C. de usufr.*

COMMENTARIUS.

1. *Falsò à nonnullis negari habitationem esse speciem servitutis personalis.*
2. *Habitationem tam vendi & gratis concedi quàm locari posse.*

RESTAT ultima species servitutis personalis, habitatio. Ea est jus in ædibus alienis habitandi cum personis quoquo modo ad nos pertinentibus. Etenim effectu idem penè est habitatio, quod usus ædium: easdemque personas, qui habitandi jus habet, recipere potest, quas usuarius, *l.* 10. *hoc tit.* Constituitur quoque habitatio ijsdem modis, quibus usus & ususfructus, iisdemque modis finitur, excepto quod non finiatur, non utendo, *d. l.* 10. quod ideo placuit, quia habitatio magis in facto, quàm in jure consistit, *l. pen. de min.* ex quo est, quod legatæ habitationis dies non semel cedat, sed per dies singulos, perinde ut ususfructus in singulos dies relicti, *l.* 1 *pr. quand. dies us. leg. eod.* & *arg. d. l. pen. de cap. min.* ut plura hic sint, legata, & quasi nova singulorum dierum habitatio: ob quam etiam causam nec capitis deminutione (scilicet minima) olim amittebatur, *d. l pen.* & *d. l.* 10. Ex constitutione autem Justiniani nec usus nec ususfructus ita perit, *l. pen. C. de usufr.* ut iam hac in parte nulla amplius sit differentia: quod vix unus aut alter, quod sciam, admonuit.

Quasi proprium aliquod jus] Hoc est, species quædam servitutis personalis, quæ propriè neque usus est, neque ususfructus; licet olim parum distaret ab usu, *d. l.* 10. Hodie per constitutionem Justiniani *l.* 13. *C. de usufr.* ad usumfructum propè accedit,

accedit. Sunt tamen qui negant, habitationem esse speciem servitutis personalis, & omnino servitutem esse: quoniam duæ tantùm personarum servitutes memorantur à Marciano *l.1. de serv.* Sed ille vel exempli causa duas istas duntaxat retulit, vel sub usu etiam habitationem comprehendit, quia jure veteri habitatio effectu idem erat, quod usus, auctore Ulpian. *d.l.*10. Quod autem ajunt, de servitute tam personali quàm reali proditam esse agenti actionem in rem confessoriam, §.2. *inf. de act.* eum autem, cui habitatio constituta sit, actionem tantum personalem habere, vel ex testamento, vel ex stipulatu, vel commodati, aut præscriptis verbis, eo quod habitatio non sit jus aliquod in re, vel ut illi loquuntur, non in dominio, sed in obligatione consistat, id quoque perperam dici existimo. Nam esse aliquod jus in rem, vel ex hoc ipso loco apparet: & argumento est, quod cõjunctim cum usu & usufructu de hoc jure & hic & in π' & C. tractetur. Nullum autem certius argumentum est, habitationem servitutem & personæ esse, quam servitutis definitio, tum generalis, tum specialis personarum; est enim jus in re aliena alteri constitutum, quo dominus aliquid pati cogitur in suo, & jus cõstitutum personæ. Nec obstat, quod habitatio in facto potius, quàm in jure consistere dicitur *l. pen. de c. min.* nam idem ferè & de usufructu prædicatur, *l. un. quand. dies us. leg.* Dicuntur enim ista per extenuationem, non quod sint nuda facta; estque similis habitatio usuifructui in dies, aut menses singulos legato, *d.l. pen.* Si igitur is, cui in dies aut annos singulos ususfructus legatus est, cum confessoria vendicare non prohibetur: cur non & confessoria pro habitatione cõperat ei, cui ea legata est? Nec verum est, quod Hotomannus scribit, usum & usumfructum servo aut filiofamil. legatum, domino aut patri acquiri, habitationem non acquiri: idque liquet vel ex ipsa, quam citat, *l.9. quand. dies leg. eod. junct. l.2. & 3. eod.* Agnosco autem lubens sensus mei hebetudinem, qui videre non possum, quomodo id, quod de actione commodati aut præscriptis verbis ei, cui habitatio constituta est, danda profertur, probari possit ex *l.1. in fin. pr. commod. junct. l. si gratuit.* 17. *in pr. de præs. verb.* Illud quidem video, tractari illic de actione commodati aut præscriptis verbis danda domino ædium, qui habitationem cõmodavit, sive gratis alicui cõcessit. Sed quid hoc ad rem?

Quanquam habitationem habentibus, &c. etiam alijs locare] Hoc est, quamvis in hoc habitatio ex nostra constitutione usumfructum imitetur; quod eam alteri locari permisimus, *l. cum antiquitas* 13. *C. de usufr.* Poterit ergo & vendi & gratis alteri concedi jure ipso apud eum, cui ab initio constituta est, manente, secundùm ea, quæ diximus §.1. *sup. eod.* nihil enim interest: & puerile nimis, quod quidam ajunt, ideo habitationem vendi aut donari non posse, quia est jus personale: nam eadem ratione nec ususfructus vendi aut donari posset: & si nihil aliud obstaret, usus quoque locari aut vendi non prohiberetur: sed in usu spectatur conditio personæ usuarij & indigentia pro modo familiæ eius: alius autem alio numerosiorem familiam habet, & pluribus indiget; nec una omniũ conditio, ut rectè D. Connan. 4. *comm.* 5. Putat Hotomannus, etiam jure veteri habitationem commodari potuisse, licet usus non potuerit: per *d.l.*1. *commend. & d.l.*17. *de præsc. verb.* sed fallitur πονηρᾷ ἐνθύμησει non enim de habitatione jam alicui constituta, & ab eo, cui constituta est, alteri commodata illic agitur, sed de commodata aut gratis alicui concessa demum à domino ædium: quomodo locos istos etiam accepit D. Bachovius.

TEXTUS.

6. Hæc de servitutibus, & usufructu, & usu, & habitatione dixisse sufficiat. De hæreditatibus autem & obligationibus suis locis proponemus. Exposuimus summatim, quibus modis jure gentium res acquiruntur: modò videamus, quibus modis legitimo & civili jure acquiruntur.

NOTÆ.

6. LEGITIMO ET CIVILI IURE] Antiquitatis studiosi consulant. Ulp. *tit.* 19. Boër. *in top.* Budæ. in π'. ad *l.*2. §. *& cum placuisset* 24. *de orig. jur.* Cont. 1. *disp.*12. Salmas. *c.*8. *de usur.*

COMMENTARIUS.

DUplex transitio, & utraque perfecta: in epilogo prioris respicitur ad *tit. de reb. corp. & incorp.* huius libri secundum: ubi cùm non tantum servitutes prædiorum, usus & ususfructus inter res incorporales numerentur, verùm etiam hæreditas & obligationes, ac de servitutibus, usufructu & usu hactenus tractatum sit, videri poterat, nunc protinus de hæreditatibus & obligationibus dicendum esse: sed in propositione, seu membro sequenti, harum rerum tractationem in alium locum rejicit: tractatione de hæreditate, quia adhuc agendum de modis, quibus res acquiruntur singulæ; susceptione autem hæreditatis acquiritur bonorum universitas: tractationem de obli-

gationibus, quia obligatio non est jus in rem, de cujusmodi jure acquirendo nunc quæritur, sed ad rem duntaxat, patiens creditori actionem in personam, non vendicationem rei. In posteriorioris epilogo respicit ad §. *singulorum* 11. *sup. tit.* 1. *de ver. div.* quo loco recepit, se post expositos modos acquirendi jure gentium dicturum esse de iis modis, quibus dominium nãcisci mur jure civili: quod est τὸ ἰδιάζον. Modi acquirendi jure civili vel singulares sunt, vel universales. Singulares, quibus acquiruntur res singulæ: universales, quibus una acquisitione, tanquam per aversionem, acquiruntur bona alicujus universa: de quo genere acquisitionis agere incipit *inf. §. ult. tit.* 9 hujus libri. Modi acquirendi jure civili res singulas duo tantùm ab Imperatore exponuntur, usucapio *tit. seq.* & donatio *tit.* 7. Cur de legatis & fideicommissis, quæ huc alioqui pertinent, nunc non simul tractare voluerit, dicetur, *d. §. ult.* Pertinent item huc & alij modi: veluti cum possessori attribuitur dominium rei, quam dominus vi eripuit aut invasit, §. *1. inf. vi bon. rap. l.* 7. *C. unde vi*, cum uno ex duobus, qui à Principe munus acceperunt, moriente absque hærede, pars deficientis consorti accrescit, *l. un. l. si liberat. imp. soc. sin. hared. dec. lib.* 10. item cum pupillo ecclesiæ acquiruntur res ex pecunia sua emptæ absque ulla traditione, *l. ult. C. de sacros. eccles.* Mancipatio, quam Cicero in *topic. traditionem nexu* vocat, & in jure cessio, de quibus, *Vlpian. tit.* 19. *Boët. ad d. loc. Ciceronis*, jam tempore Justiniani exoleverant: antiquitatis studiosi adeant *D. Ant. Contium* 1. *disp.* 12. *clariss. Salmas. c.* 8. *de usur.*

TITULUS VI.

De Usucapionibus & longi temporis præscriptionibus.

1. *Non satis consideratè à D. Cujacio & alijs pro* præscriptionibus *hic reponi* possessionibus.
2. *Quibus in rebus olim usucapio & longi temporis præscriptio differebant.*
3. *Falli, qui putant usucapionem tantum esse rerum mobilium.*
4. *Quæ qua serie hoc titulo tractentur.*

NTER acquisitiones juris civilis vel prima & præcipua est usucapio. Nam etsi ea Græcis quoque non incognita fuit, eamq; etiam Plato, *li.* 12. *de legib.* in suam invexit rempub. tamen civili tantùm ratione, non etiam puta aliqua naturali nititur, ab eaq; longius etiam, quàm cæteræ acquisitiones civiles, recedit. Utrum autem quid iuri civili adscribendum sit, an iuri naturali, id non ex nudo usu populorum, sed ex eo, quod suggerit ratio naturalis, æstimandum est, §. 1. *sup. de jur. nat. gent. & civil.* Usucapio definitore Modestino, *l.* 3. *hoc tit.* est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. Quid singula definitionis sibi velint, dicetur postea in explicatione §. *diutina* 7. *inf. eod.*

Longi temporis præscriptionibus] Qui hanc partem inscriptionis mutant, & pro *longi temporis præscriptionibus*, reponendum arbitrantur, *longi temporis possessionibus*, inter quos sunt *Cujac. Hotom. VVesemb. Tim. Faber.* quod & Pacius probat, illi nec mentem Justiniani, nec quid hoc tit. agatur, satis animadvertere mihi videntur. Mens Justiniani intelligitur ex eo, quod in principio commemorat constitutionem suam de usucapione transformanda; qua constitutione cùm duo diversa essent genera acquisitionis, usucapio, & longi temporis præscriptio, usucapionem ita transformavit, ut tamen utrumque in illo uno velut permixtum retinuerit: atque hoc etiam ex verbis inscriptionis intelligere nos voluit. Sic alibi quoque hæc duo coniungit, usucapionem aut longi temporis præscriptionem, §. *pen. inf. per quas pers. cuiq. acq.* Conferuntur item, & coniunctim ista duo appellantur à Gaio *l. qui alienam* 54. *in pr. de evictionib.* Hoc tantum interest; quod Gaius duo diversa acquirendi genera, ut tunc erant, significat, Justinianus unum & idem ex duobus istis à se conflatum: neque enim sustulit ille longi temporis præscriptionem, sed auxit addita ei usucapione in solo provinciali. Sed neque agitur hoc titulo de possessione, nisi per occasionem, neque magis, quàm de bona fide, aut justo titulo: sed de horum omnium concurrentium effectu, & acquisitione ipsa, quæ olim duplex erat, usucapio & longi temporis præscriptio: quam utramque, ut diximus, sic retinuit Justinianus, ut ex duabus unam fecerit. Erat verò triplex inter usucapionem & longi temporis præscriptionem discrimen in rebus, in tempore, in acquisitionis effectu. Usucapio locum habebat in rebus immobilibus Italici soli, tantùm, in mobilibus omnibus. Præscriptio frequentabatur in prædiis duntaxat provincialibus. Usucapio rerum mobilium anno terminabatur, immobilium biennio. Præscriptio consummabatur decem annis inter præsentes, viginti inter absentes. Usucapio possessorem dominum efficiebat. Præscriptio possessori non dominium tribuebat, sed jus aliquod dominio simile & proximum: de quo dicam plenius postea. Hasce differentias sustulit Justinianus, servato uno discrimine rerum mobilium & immobilium, *l. un. C. de usuc. transform.* Eorum error manifestior est, quàm ut refelli debeat, qui hæc

genera

genera sic distinguunt, ut dicant, usucapionem tantum esse rerum mobilium, longi temporis præscriptionem rerum immobilium: & vel unum hujus tit. principium hos refellit. Initio docetur, quæ res quanto tempore à quibus usucapiantur; deinde de rebus agitur, quæ usucapionem non recipiunt: tum de continuatione possessionis & conjunctione temporum: postremò de fisci traditione & præscriptione quadriennij fiscali.

4

TEXTUS.

Iure civili constitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cùm crederet eùm dominum esse, rem emerit, vel ex donatione, aliáve quavis justa causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique uno, si immobilis, biennio tantùm in Italico solo usucaperet: ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas præfata tempora, nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennii; immobiles verò per longi temporis possessionem (id est, inter præsentes decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur. Et his modis non solùm in Italia, sed etiam in omni terra, quæ nostro imperio gubernatur, dominia rerum justa causa possessionis præcedente acquirantur.

NOTÆ.

BONA FIDE] In quo tempus traditionis inspicitur: at in emptione etiam, quo contrahitur, *l. 2. pr. D. pro empt.*

CREDERET DOMINUM ESSE] Aut jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse, *l. 109. de verb. sign.*

ANNO UBIQUE] Id est, tam in provincijs, quàm in Italia.

BIENNIO] Lex 12. tabb. usum auctoritatem fundi jubebat esse biennium: cæterarum rerum annum. Cic. *pro Cæc. & in top.* de quo vid. Bud. *ad l. 63. D. evict.* Cont. 1. *disp.* 10. Salmas. *c.* 8. *de usur.*

JUSTA CAUSA] Id est, iusto titulo: nam titulus est possessionis causa, *leg. 7. Cod. de acquir. possess. leg. 24. Cod. de rei vend.*

DOMINIA ACQUIRANTUR.] Rectè igitur adhuc definietur usucapio cum Modest. *l. 3. D. h. t.* adjectio dominij per continuationem possessionis temporis lege definiti.

COMMENTARIUS.

1. *Auctoritatis verbo quid lex 12. tabb. intellexerit.*
2. *In persona usucapientis quæ necessaria: & de bona fide.*
3. *De justo titulo.*
4. *Cur prædia provincialia usucapi non potuerint.*
5. *Iuris de usucapione constituti ratio & defensio.*
6. *In incerto esse, an tempora usucapioni à Iustiniano præfinita apud nos quoque observanda sint.*

IVre civili] Hoc plerique sic interpretantur perinde ac si dixisset lege 11. tabb. & verum est; ex hoc fonte jus usucapionum manare. Sed quod sequitur de distinctione locorum, ex lege 12. tabb. esse non potest: quippe cùm eo tempore, quo Decemviri legem tulerunt, populus Romanus pedem extra Italiam non haberet, adeoque augustissimis intra ipsum Italiæ solum finibus imperium Rom. contineretur. Credibile verò est, propagatis posteà imperij finibus, Jurisconsultorum disputatione prædia Italici soli & provincialia jure auctoritatis distincta fuisse. Apud M. Ciceronem *in Top.* hæc leguntur; *Quoniam usus, auctoritas fundi biennium est, sit etiam ædium. At in lege ædes non appellantur.* Et *in orat. pro Cæcinna; Lex usum auctoritatem fundi iubet esse biennium.* Unde existimare licet, sic lege sancitum fuisse: *Usus, auctoritas fundi biennium esto. Cæterarum rerum annus esto.* Auctoritatis verbo multa & diversa significantur. Vulgata non tangemus. Venuleius *l. ult. de evict.* auctoritatem interpretatur actionem pro evictione. Quo sensu etiam accipitur apud Paul. 2. *sent.* 17. L. Seneca *lib. 4. natur. quæst. Ergo si mihi parum credis. Possidonius tibi auctoritatem promittet*, id est, βεβαίωσιν, Scævola *l. ult. de pign. act.* instrumentum auctoritatis appellat, quod primò dixerat instrumentum emptionis; nimirum instrumentum, quo de evictione promissum est, aut omninò instrumentum, quo probatio juris nostri, sive ut vulgò loquuntur, tituli acquisitionis continetur: cuiusmodi tabulæ instrumenta ad probationem originis prædiorum appellantur. *l. 24. C. de fideic.* Sic apud M. Senecam *lib. 7. contr. 6.* quæ emptionis tabulæ primùm, eædem post auctoritatis tabellæ nominantur. In lege Atinia, & in illo duodecim, *Adversus hostem æterna auctoritas esto,*

verbo auctoritatis jus dominij significatur, aut jus vindicandi, *Grot. in spar. flor.* Sensus hic est, ne peregrinus dominium rerum nostrarum usucapione nobis eripere possit, Cicero *pro Cæcin. Aqueductus, haustus, iter, actus à patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium à jure civili sumitur. Rata auctoritas*, id est, *firmum ac fixum harum rerum jus.* Eodemque significatu & Scævola hac voce usus est *l. uti. de aq. & aq. pluv.* In proposito quoq; puto Decemviros nomine auctoritatis intellexisse jus legitimi dominij, ut sit sensus, usus, qui auctoritatem, id est, iustum dominium fundi afferat; sit spatium biennij, qui cæterarum rerum, annus, quod perinde est, ac si dixissent, *Fundus biennium possessus usucapitor : cætera res annum possessa usucapiuntur.* Cicero in *ea de Arusp. resp. Multa sunt domus iure optimo, sed tamẽ iure privato iure hereditario, iure auctoritatis, iure mãcipij, iure noxi, iure auctoritatis* perspicuum est hic significari ipsam usucapionem, sive jus legitimi dominij per usucapionem quæsiti, non emptionem, quæ non mancipio facta est, ut vult doctissimus Salmasius *lib. de usur. c.* 8. Neque enim dici possum iure optimo domum habere, cuius ex iure Quiritium dominus non sum, & ideo iura legitima tantum. Cicero commemorat. Idem vir doctissimus existimat, legem 12. tabb. verbo auctoritatis intelligere actionem pro evictione, cui Decemviri voluerint non ultrà biennium patere locum in rebus soli, in mobilibus non ultra annum. At plerique omnes, qui in conditione usucapiendi sunt, re evicta ante impletam usucapionem, actionem pro evictione non habent. Qui pro herede, pro legato, pro derelicto, pro adiucato, pro noxæ dedito, pro suo possidet, certo jure usucapit; & tamen si res intra tempora usucapionis evincatur, non est locus actioni ob evictionem, cuius hic periculum nemo præstat. Sed neque ipsa evictio, seu ius, quod dominus habet rem à possessore iudicio auferendi, intelligi potest: non enim eo principaliter hoc caput legis pertinet, ut sciamus, quod iuris domino relinquatur intra annum aut biennium: sed quid usus sive possessio anni aut biennii tribuat utenti possidenti, nimirum rei possessæ legitimum dominium, ut paret ex definitione Modestini, *l. 3. hoc tit.* Videsis *Buda. ad l. Herennius* 63. *de evict. Cont. 1. disp* 10. *Don. 5. com* 20. &, qui legem 22. tabb. commentariis illustrarunt, *Balduin. Hotom. Marcil.*

2 *Bona fide*] In persona eius, quem usucapere volumus, hæc sunt necessaria; ut possideat, ut justè, ut continenter, ut per tempus de lege definitum: quorum unumquodque, ut sese offeret; ita explicabo. Quod hic traditur de bona fide, ad institiam possessionis pertinet quemadmodum & illud, quod mox sequitur, de causa. Igitur ad usucapionem non sufficit possidere, nisi & bona fide possideas. Bona fides æstimatur ex eo, quod possessor putavit, eum, à quo rem accepit, dominum esse, aut ius transferendi dominium habere, ut proinde opinetur se quoque statim dominum effectum esse, *l. bona fidei* 109. *de verb. sign. l. qui à quolibet* 27. *de contr. empt. §. si quis* 35 *sup. de rer. div.* Hæc autem opinio necesse est ut remota sit ab errore iuris. Nam iuris error acquirere volentibus nunquam prodest: *l. 7. l. 8. de iur. & fact. ign.* ac proinde nec possessori in usucapionibus, *l. nunquam* 31. *pr. hoc t. l. 1. §. si à pupillo* 15. *pro empt.* Cæterùm sufficit, ab initio bona fide possessionem nanciscì. Jure enim civili benè cœptam usucapionem non impedit scientia rei alienæ postea superveniens, *l. un. C. de usuc. transform. l. bona* 48. § 1. *de acq rer. dom.* spectaturque in ea re initium traditionis, nõ contractus, *l. si is* 15. *§. ult. l. justo* 44. *§. 2 hoc tit.* præterquam in emptione, in qua utrumque tempus inspici placet, & quo contrahitur, & quo res traditur, *l. 2. pr. pro empt. l pen. hoc tit.* Diversitatis rationem indicat Paul. in stipulatione *d. l.* 15. *in fin.* quia, inquit, concessum est stipulari rem etiam, quæ promissoris non sit. Innuens, salva fide etiam scientes rem alienã stipulari nos posse: at non pati sinceram fidem, ut rem alienam sciens quis emat. Et ideo huic non præstatur evictio, *l. si fundum* 27. *C. de evict.*

Rem] *Corporalem* scil. nam res incorporales, veluti servitutes, per se usucapionem non recipiunt, *l.* 14. *de serv. l. servus* 43 *§.* 1. *de acq. rer. dom.* quippe in quæ nõ cadit possessio, in ea nec usucapio cadit. Cæterum est in his rebus locus acquisitioni longæ quasi possessionis, & effectu iuris quasi usucapiuntur, *l. ult. C. de præsc. long. temp. l* 10. *si serv. vend.* vide quæ scripsi ad *§. ult. sup. de serv.* Planè per consequentiam etiam vereri iure usucapiebantur, cum id prædium usucaptum esset, cui servitus debetur, *l.* 10 *§.* 1. *hoc tit.* quanquam revera, nihil hic usucapitur, sed prædium suæ conditiones sequuntur, *l. via* 23. *§.* 2. *de serv. præd. rust.* de aliis rebus, quæ usucapionem non admittunt, dicam *§§. seqq.*

Aliáve justa causa] Id est, justo titulo, eoque 3
qui idoneus sit ad transferendum dominium: eos enim, qui nullo iusto titulo possident, ratio iuris dominium quærere non patitur, *l. nullo* 24. *C. de rei vend. l.* 4. *C. de præsc. long. temp.* eademque prorsus in proposito ratio est dominii transferendi & transferendi conditionem usucapionis, *l. nunquam* 31. *de acq. rer. dom. §. per. inf. per quas pers. cuique acq.* Justa causa aut à privatis est, aut à iudice, aut à magistratu, aut à nullo, sed ab ipsa rerum conditione. A privatis, si quid ab his dominii transferendi causa traditur; solvitur, datur,

derelin-

manifestum est usucapioni semper obstitisse neris tantùm prospicere leges voluerunt, ne . & C. A alienum causam daret rem alienat in judiciis di-

Ne ullus alius, quamvis ab undis tanquam com- ab alijs, qui jam *c. si per errorem* 17. *hoc tit.* alioqui rem acceperunt, cui adjudicata est, §. *ult. inf. de off.* initio affe gistratu quibus in causis possessionem *acq. pos* re potest: siquidem justè possidet, qui au- posse prætore possidet, *d. l.* 3 *in fin. l.* 11. *de acq possess.* A nullo, quæ sola occupatione, si nullius essent, sta- tim nostra fierent. Hinc titulus possessionis spe- cialis pro suo, *l.* 2. *pro suo.* Generaliter quidem etiam, quisquis ex justa causa possidet, pro suo possidet, *l.* 1. *eod.* verùm ex speciali titulo certa usucapio; ex generali nulla, nisi specialis aliqua causa, puta emp- tio, donatio, &c. præcesserit: nec sola existima- tione nostra, sed revera, *l. Celsus* 27. *hoc tit.* de quo plenius postea.

Si mobilis erat, anno ubique uno] *Ubique*, tam in provinciis, quàm in Italia. Nam cùm res mobiles solo non cohæreant, loco distingui non potuerunt: & conditione sua omnes usucapionem recipiunt. Immobilium autem quædam tales erant, ut usuca- pio in iis non haberet locum: qualia erant prædia provincialia, ut mox dicemus. Quod autem bre- vius tempus usucapioni rerum mobilium præfini- tum sit, quàm immobilium, id eam rationem ha- bere putant, quod regulariter minus in illarum, quàm harum amissione præjudicium vertitur: cùm alioqui longius tempus poscere videatur usucapio rerum mobilium, utpotè quæ occultari possunt, quàm prædiorum. Sed hoc nihil est: nam occul- tatio illa vitio furti rem afficit, & usucapioni exi- mit. Non alia ratio est, quàm ea, quam hic indicat: Justinianus post Gaium *l.* 1. *hoc tit.* quod veteres crediderunt, annum aut biennium domino suffice- re ad inquirendas res suas: posse scil. quemlibet patremfam. res mobiles uno semestri recensere, & altero, quæ desiderantur, quærere, prædio uno anno lustrare, & quæ ab alio possessa invenerit, altero anno recuperare. Quod & Varro *de re rust.* bono patrifam. faciendum esse monet.

Immobilis tantum in Italico solo] Aut eo, quod jus Ita- lici soli habebat. Nam & in provinciis fuere quædã prædia juris Italici, videlicet coloniarum, quibus jus Italicũ datum erat, *l.* 1. *de censib* in quibus prædiis mancipationi & usucapioni locum fuisse dubitandũ
4 non est. His exceptis prædia provincialia neque à possessoribus mancipio dari, neque ab alio usucapi olim potuerunt. Nimirum quia uterque hic modus acquirendi ex jure Quiritium erat, plenumque jus & dominium Quiritiarium continebat. Possessores autem prædiorum provincialium directi domini & pleno jure non erant: sed jus summum dominii populus Romanus sibi reservare consueverat, cùm ea bello capta veteribus dominis restitueret, inque argumentum retenti juris annuum iis vectigal im- poneret. Cæterùm ius, quod possessoribus relictum erat, uti id à domino juris statim in alios traditione transferri poterat, ita & à bonæ fidei possessore longi temporis possessione acquiri, ne semper in- quietaretur, quæ acquisitio præscriptio dicebatur, *l. qui alienam* 54. *in pr. de evict. l. si duo.* 13. §. 1. *de jure jur. l. et à quo* 21. *hoc tit.* Erat autem jus tale, quod & exceptione defendere, & amissa possessione, utili actione persequi, *d. l.* 13. §. 1. *de jure itur. l.* 8. *Cod. de præsc.* 30 *ann.* hæredibus denique relinquere, & in alios quosvis transferre licebat. Jus nimirum aliquod reale, simile emphyteutico, quod proximè ad ius dominicum accedebat, & quod nunc vocarent dominium utile. rep. quæ notavimus, *sup.* §. *per tra- ditionem* 40. *de rer. divis.* Postquam autem Justinia- nus, quod præscriptioni deerat, ex usucapione sup- plevit, unumque genus acquisitionis ex duobus fe- cit, certum est, possessione longi temporis iustum & directum dominium possessori acquiri.

Ne rerum dominia in incerto essent] Si jus de usuca- pione constitutum æstimetur ex meris præceptis 5 iuris naturæ sive gentium, defendi ab iniquitate non potest: sed quod ex iniquo habet, id contra singulos rependitur utilitate publica. Bono enim publico usucapio introducta est, ne scilicet diu re- rum dominia in incerto essent, *l.* 1. *hoc tit.* quippe incertitudo dominii facit, ut res quæque negligen- tius habeatur, agri minus diligenter colantur: pa- rit lites & controversias, quibus occurri publicè interest: atque ut occurratur, & litium aliquis sit finis, usucapio constituta est, *l. ult pro suo, l.* 2. *in pr. de aq. & aq. pluv.* & ideo Cicero in *orat. pro Cæcin.* usucapionem appellat *finem sollicitudinis & litium. Plato* 12. *de legib.* Hæc igitur causa legislatores mo- vit, ut usucapionem introducerent: ut verò id fie- ret cum minima privatorum iniuria, certa atque idonea tempora præstituerunt; quæ abundè domi- nis sufficerent ad inquirendas res suas, easque sibi asserendas, & possessionem alterius interpellen- dam. Quod si facere negligant, & patiantur usuca- pi, suamet ipsorum voluntate quodammodo rem alienare videntur, *l. alienationis* 28. *de verb. sign.* Quanquam etiam contra ignorantem rem suam ab alio possideri usucapio procedit; *l. un. Cod. de usuc. transfor. l. ult. C. de præsc. long. temp.* Privatum enim damnum, quod ex usucapione est, pensatur egregio publico, in quo vera & solida utilitas continetur, & cuius proinde prima ratio haben- da. Atque hæc huius acquisitionis defensio sit

contra

contra eos, quibus ea genere ipso injusta videtur. Appellat sanè Justinianus præscriptionem impium præsidium & improbam temporis allegationem, *nov.* 9. verùm non simpliciter, sed quatenus eo præsidio homines scienter abutebantur contra constitutionem ipsius, & adversus bona ac subsidia Ecclesiarum. Postea tamen constitutionem istam abrogavit, experimento doctus eam ex usu reipubl. non esse. *Nov. 111. & 131. cap. 6.*

Ne domini maturius rebus suis defraudentur] Id est, ne maturius res suas amittant, ne possessionibus suis citius, quàm par est, cadant, ut est in *d. l. un. C. de usuc. transform.* Usus autem est verbo defraudandi propter duritiem legis antiquæ, quæ nimis angusto temporis spatio usucapionem terminabat, remque alienam excluso domino addicebat possessori. Cæterùm quod propriè hoc verbum significat, per fraudem rem alienam intervertere, id neque lege antiqua possessori permissum fuit.

Constitutionem super hoc promulgavimus] Ea est *l. un. C. de usuc. transform.* qua lege, cum jam antea sustulisset antiquam distinctionem dominij in Bonitarium & Quiritiarium, *l. un. Cod. de nud jur. Quir. toll.* hoc insuper constituit, ut prædia provincialia eodem jure cum Italicis censerentur, atque æquè ut Italica, eodemque effectu usucapi possent. Præterea tempora usucapionum tam in rebus mobilibus, quàm in rebus soli in tantum prolongavit, ut nulla justa querimonia supersit, si tam longo tempore continuata possessio possessorem tueatur, eique dominium adjiciat. Summa constitutionis est, ut qui rem à non domino accepit ex justa causa & bona fide, eamque mobilem per triennium, immobilem per decem annos inter præsentes, per viginti inter absentes continenter possedit, is eius rei
6 dominus pleno jure efficiatur. Quod jus etiam hodie apud nos obtinere debere multi contendunt. Alij ad rerum immobilium præscriptionem sive usucapionem triginta requiri annos, aut tertiam sæculi partem existimant. Apud Zelandos adversus præsentes annis viginti, adversus absentes triginta annorum spatio res soli certo jure usucapi intur, *cap. 2. stat. Zeland art. 2.* In hoc autem nunc ferè à jure civili recessum est, quod in præscriptione, quantumvis longissimi temporis, non tantum bonum possessionis initium requiritur, verùm etiam bonæ fidei perseverantia, juxta scita juris Canonici, *c. fin. x. de præscript.* cùm jure civili sufficiat possessionem ab initio bona fide nanciscì, nec bene cœpta usucapio aut præscriptio interpelletur incidente postea mala fide, *d. l. un. de usuc. tr.* quin nec bonum initium in præscriptione 30. annorum jura civilia desiderant, *d. l. 3. l. 4. C. de præscr.* quitur, de causa. Igitur ad usucapionem non *ad juris pr.* Bidere, nisi & bona fide possideas. Bona ne usucapionem fecò, quod possessor putavit, eum, usu antiquitus fuisse, unam esse, aut ius transfegioris temporis. Brevem, fuisse unde opinetur se eamque iure singulari multarum Te, *l. bona fidei* agrorum tunc locum habuisse, cùm præ*empt.* §. *si* quod venditum esset interveniente auctoritate esse cognitione Scabinorum, aliorumve, qui iurisdictioni præsunt, idque prædium per illud tempus ab emptore sine interpellatione possessum esset. Longam fuisse tanti temporis, quantum tertia pars sæculi continet, id est, annorum 33. & 4. mensium; cui locus erat in alienatione rei immobilis facta absque cognitione publica. Et hoc sequendum etiamnum putat. De præscriptione tanti temporis iuxta consuetudinem Gelriæ ex professo disserit doctissimus Lamb. Goris *advers. jur. tract. 3. cap. 9.* Vir autem est, ut aliquid certi secundùm mores hodiernos hic definiri possit, *vid. Groenew. ad rubr. Cod. de præscr. 30. annorum, & ibi laudat.*

Decennio inter præsentes, viginti annis inter absentes] Explicat quantum tempus intelligat per possessionem longi temporis, nimirum inter præsentes, id est, qui in eadem provincia sunt, *l. ult. C. de præscr. long. temp.* decem annos, inter absentes viginti. Atque ita sicut ex veteri usucapione effectum sumit & acquisitionem veri dominij, ita ex veteri præscriptione sumit spatium temporis, atque id ad usucapionem omnium rerum immobilium transfert, efficitque ex duabus unam acquisitionis speciem, ut iam nulla amplius indifferentia inter præscriptionem & rerum immobilium usucapionem supersit; præscriptionem inquam longi temporis, quæ itidem ut usucapio titulum & bonam requirebat fidem: nam præscriptionis temporis longissimi, sc. 30. vel 40. annorum, alia ratio est, quæ solo temporis lapsu possessorem tuetur.

TEXTUS.

1. *Sed aliquando, etiamsi maximè quis bona fide rem possederit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit: veluti si quis liberum hominem, vel rem sacram, vel Religiosam, vel servum fugitivum possideat.*

NOTÆ.

1. LIBERUM HOMINEM, &c.] Quia hæ res omnem respuunt acquisitionem, nec in bonis esse possunt, *l. 9. D. h. t. §. 2. inf. de inut. stip.* Res quoque

manifestum est usucapioni semper obstitisse tantùm prospicere leges voluerunt, ne [illegible] alienum causam daret rem alienam. *D. serv. l. 43. de*

Ne ullus alius, quamvis ab eis] juris diuturno usu & ab alijs, qui jam ante [illegible], *l. 10. si serv. vind. l. ult. C. de* rem acceperunt.

initio affect[illegible] UGITIVUM] Quia sui ipsius furtum *acq. poss. D. de furt l. C. eod.* Defenditur tamen posposs[illegible]ugitivi 30. annorum præscriptione, per *l. 3. & 4. C. de præscr. 30. ann.*

COMMENTARIUS.

HOc §. & aliquot sequentibus disputatur de rebus, quæ etsi corporales sunt, usucapionem tamen non recipiunt, sed quia multæ, quæ in hoc numero sunt, hic non commemorantur, ecce tibi in summa omnes exhibebo. Quarundam rerum ea natura est, ut omnem omninò acquisitionem, qualiscunque ea sit, respuant, & consequenter simul usucapionem: cuiusmodi sunt, quæ commercio humano sunt exemptæ, ac proinde in bonis haberi non possunt, ut homo liber, res sacræ, religiosæ, sanctæ, publicæ populi aut civitatum, *l. 4. l. 6. de contr. empt l. 9. hoc tit.* Quædam etiam res sunt, quæ cùm sint in bonis & acquiri possint, usucapi tamen non possint, lege earum usucapionem prohibente. In hoc genere sunt res fisci, §. 4. *inf. l. quamvis* 18. *eod.* res dominicæ *tit. C. ne rei dom. vel templ. vend.* civitatum, Ecclesiarum, gerontocomiorum & locorum similium, *l. 23. C. de sacrosanct. Eccles. Nov. 9. 111. & 131. c. 6.* res furtivæ & vi possessæ, § *seq* præsidi contra legem Iuliam datæ, *l. bona 48 de acquir. rer. dom. l. pen. de leg. Iul rep.* res pupillorum, *dict. l. 48 l. 3. Cod. quibus non obst. long. temp. præs.* quin nec præscriptio 30. annorum contra pupillos currit, *l. 3. C. de præsc. 30. ann.* res minorum 25. annis, *l. ult. Cod. in quibus ca. in int. rest.* bona adventitia filijfam. *l. 1. §. 1. C. de annal. exc.* fundus dotalis, cujus quod alienatio lege Julia prohibita est, *l 4. de fund. dotal.* hoc ipso etiam usucapionem prohibitam esse pro certo statuit Triphoninus in *l. si fundum 16. eod. tit.* Postremò res testamento alienari prohibitæ, *l. 2. Cod. pro empt. l. ult. §. sin. autem Cod. com. de legat.* Jam pergamus.

Liberum hominem] Sola temporis longinquitate, etiamsi sexaginta annorum curricula excesserit. libertatis jura non mutilari à Constantino rescriptum est, *l. ult. Cod. de long. temp. præs. qua pro lib.* Meminit Imp. 60. annorum, non quia longioris temporis lapsu libertati præscribatur; sed quia ratò homines diutiùs vivunt. Etenim nec centum annorum præscriptio hic sufficerit, *ut benè istic Accurs.* quoniam nulli omninò hic locus esse titulo potest. Possessores 30. annorum defenduntur exceptione temporis, quæ omnes excludit actiones, etiamsi nec titulus probetur, nec bona fides, *l. 3. l. 4. C. de præsc. 30. ann.* Cæterùm res ipsas, quæ possidentur, tales esse oportet, ut justo titulo acquiri, & dominio nostro subjici possint.

Servum fugitivum] Hic servus pertinet ad probationem, §. *seq.* quippe qui sui ipsius furtum facere intelligatur, *l. ancilla 60. de furt l. 1. C. de serv. fug.* Accursius putat, dominum, ne 30. quidem annorum præscriptione excludi, eo quòd possessionem fugientis servi retinet, *l. 1. §. per servum 14. l. rem qua 15. in fin. de acq. poss.* Quod ineptum est. Nam cùm de usucapione aut præscriptione quæritur, necesse est ejusmodi casus ponatur, quo alius servi possessionem nactus sit. Hoc verò cùm fit, dominus possidere desinit.

TEXTUS.

2. *Furtivæ quoque res, & quæ vi possessæ sunt, nec si prædicto longo tempore bona fide possessæ fuerint, usucapi possunt. Nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum & lex Atinia inhibent usucapionem; vi possessarum lex Julia & Plautia. Quod autem dictum est, furtivarum & ut possessarum rerum usucapionem per leges prohibitam esse, non eò pertinet, ut ne ipse fur, quive per vim possidet, usucapere possit, (nam his alia ratione usucapio non competit; quia scilicet mala fide possident) sed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit, vel ex alia causa acceperit, usucapiendi jus habeat. Unde in rebus mobilibus non facilè procedit, ut bonæ fidei possessoribus usucapio competat. Nam qui sciens alienam rem vendiderit, vel ex alia causa tradiderit, furtum eius committit. Sed tamen id aliquando aliter se habet. Nam si hæres rem defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depositam, existimans, hæreditariam esse, bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, quin is, qui acceperit, usucapere possit, dubium non est. Quippè quum eares in furtivitium non ceciderit: quum utique hæres, qui bona fide tanquam suam alienaverit, furtū non committat. Item si is, ad quem ancillæ usus fru-*

Eius pertinet, partum suum esse credens vendiderit: aut si donaverit, furtum non committit. Furtum enim sine affectu furandi non committitur. Alijs quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquẽ transferat, & efficiat, ut à possessore usucapiatur. Quod autem ad eas res, quæ solo continentur, expedit, jus ita procedit, ut, si quis loci vacantis possessionem, propter absentiam aut negligentiam domini, aut quia sine successore decesserit sine vi nanciscatur, quamvis ipse mala fide possideat, (quia intelligit, se alienum fundum occupasse) tamen, si alij bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa possessione res acquiri: quia neque furtivum, neque vi possessum acceperit. Abolita est enim quorundam veterum sententia, existimantium, etiam fundi locive furtum fieri. Et eorum utilitati, quires soli possident, principalibus constitutionibus prospicitur, ne cui longa & indubitata possessio debeat auferri.

NOTÆ.

2. LEX ATTILIA] In π. Flor. *Atinia l. 4 §. 6. l. 33 pr. h. t. l. 215. de verb. sign.* Auctoritas, ait Gror. in *parf. Flor.* est jus vindicandi.

AB EIS BON. FID. EMERIT] Aut ab alijs, qui jam antè à fure aut violento possessore rem acceperunt. Nam ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidenti non prodest, *l. 24 h. t.* & res semper tranfit cum suo vitio, quo ab initio affecta est, *l. 7. C. pro empt. l. 11. C. de acq. p.ss.* Planè 30. annorum præscriptio dominum repellet, *l. 3. & 4. C. de præscr. 30. annor.*

ALIQUANDO ALITER] Locus hic descriptus ex Caio *l. 36. & 2. seqq.*

PARTUM SUUM CREDENS] Docuit sup. § 37 *de rer. div.* partum in fructu non esse, sed ad dominum proprietatis pertinere.

ALIIS MODIS] *v. d l 36. §. 1. l. 57. D. mand. l. pro derel.*

QUOD AD EAS RES EXPEDIT] Videtur Tribonianus *expedit* dixisse pro *attinet.*

LOCI VACANTIS] Malè quidam locum vacantem interpretantur à domino derelictum: nam res pro derelicto habita statim fit occupantis, *§. pen. sup. de rer. div.*

PROPTER ABSENTIAM] Non quamlibet, sed diuturnam, *l. 37. §. 1. h. t.*

BON. FID. ACCIPIENTI] Species: Cùm Titus longo
relinquere
& tradidit Sem
esse. Hic etsi ipsi quid
capio propter malam fidem; pr
pronio bonæ fidei possessori: quia
neque vi possessum accepit.

QUORUNDAM SENTENTIA] *l. 38. h. t.*
& Sabinum fuisse testatur Gellius, *lib. 11. C.*

COMMENTARIUS.

1. *Aliquo casu qui sciens rem alienam vendit, furtum facere non videri,*
2. *Emendationem Cujacij vers. quod autem: non esse necessariam.*

FVrtivarum rerum lex 12. *tab. & lex Atinia*] Utriusque huius legis etiam meminit Iulian. *l. non solùm 33. in pr. hoc tit.* Verba legis Atiniæ prodit Gellius l. 17. c. 7. *Quod surreptum erit, eius rei aterna auctoritas esto.* Quorum verborum hic sensus est; Eius rei, quæ surrepta est, dominium à domino nunquã recedat: jus & potestatem habeat semper eam vendicandi; nec ullo usu alteri acquiratur. Fabrot. Quam sententiam fuisse legis, ex eo liquet, quod lex ita accepta est; quasi interdiceret rei furtivæ usucapionem. Eademque sententia est eius, quod apud Ciceronem, *l. 1. de offic* legimus; *Adversus hostem aterna auctoritas esto.* Proculdubio autem lege Atinia quædam addita sunt, de quibus priùs lege duodecim nihil cautum fuerat: & Paulus legi Atiniæ tribuit hoc caput, quod est de usucapienda re furtiva, cùm in potestatem domini redit, *l. 4. §. quod autem 6 hoc tit. l. potestatis 215. de verb. sign.*

Vi possessarum lex Iulia & Plautia] Leges hæ non uno tempore latæ; alioqui Iulia Plautia diceretur sine copula, ut Plautia Papyria, Pappia Poppæa, Iunia Norbana, &c. sed Plautia de vi, item Iulia de vi, hoc caput habuerunt. Plautia de vi prior fuit lege Iulia, unde & in π. præponitur, *l. non solùm 33. §. 2. hoc tit.* Ait, *vi possessarum.* Vi possessa res sit oportet, ut usucapi nequeat: neque sufficit, vi aliquem de prædio dejectum esse, nisi, qui dejecit, possessionẽ occupavit. Quod si ille ingressus non fuerit, sed alius in vacuam possessionem intraverit, poterit id prædium, etiam antequam in domini potestatem redeat, à bonæ fidei possessore usucapi, *l. 4. §. si tu 22. l. 33. §. 2. eod.*

Quod autem dictum est] Superfluum, hoc monere. Frustrà enim prædictæ leges latæ fuissent, si nihil aliud caverent, quàm ut ne fur ipse, aut qui per vim possident, usucapere possent. Quippe, qui nec ante legem Atiniam aut Plautiam usucapere potuerunt certo jure, propter malam fidem, quam manifestum

manifestum est usucapioni semper obstitisse. Hoc tantùm prospicere leges voluerunt, ne maleficium alienum causam daret rem alienandi.

Ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide.] aut etiam ab alijs, qui jam ante à fure aut violento possessore rem acceperunt. Nam res cum suo vitio, quo ab initio affecta est, transit, *l. 7. C. pro empt. l. vitia. C. de acq. poss.* Ut autem à bonæ fidei possessore usucapi possit, talem esse oportet, ut in se non habeat vitiũ; *§. novissime, inf. eod.* Denique ubi lex simpliciter inhibet usucapionem, bona fides possidenti ad usucapionem rei nihil prodest, *l. ubi 24. hoc tit.* Planè præscriptio triginta annorum dominum repellet: sic enim constitutum est de actionibus omnibus, sive in rem sint, sive in personam, ut triginta annorum jugi silentio præscriptione excludantur: usque adeo, ut in rebus possessis hoc etiam ipsis malæ fidei possessoribus tribuatur, *l. 3. l. 4. C. de præsc. 30. an.* quanquam id secta nostrorum temporum non admittit.

Vnde in rebus mobilibus non facile procedit] Quia rerum mobilium tantùm, non etiam immobilium, furtum fieri potest, inde colligit, usucapionem in rebus mobilibus difficilius & rarius contingere, hoc argumento, quod res, quæ furto obnoxiæ sunt, etiam facile in furti vitium cadunt: quisquis enim rem alienam mobilem sciens quacunque ex causa alij tradit, eum furtum committere; quod etiam scriptum est *l. 1. C. pro empt. l. 2. C. pro donat.*

1 *Qui sciens rem alienam vendiderit*] Videamus, an non aliquo casu hæc regula vitietur. Finge, hæredem rem defuncto commodatam, quam hæreditariam esse putabat, vendidisse & tradidisse bona fide accipienti: emptorem, cùm esset in conditione usucapiendi, cognovisse rem alienam esse. Constat, non interrumpi usucapionem: sed quæro, an, si possessor eam rem, antequam usucapionem impleret, alteri iterum vendiderit, furtum facere dicendus sit? Et quidem, quamdiu res usucapta non est, aliena est, ut si verba regulæ præcisè sequamur, dicendum sit, furtum committi: sed puto, hoc in proposito non debere admitti; & regulam procedere, cùm quis ab initio scivit, rem alienam esse; qui, cum usucapere non possit, intelligitur vendendo rem velle intervertere domino: nam etsi sibi eam retineat intervertendi causa, furtum facit, *l. inficiando 67. de furt.* At verò qui bonum initium habet, cum possit ipse continuando possessionem rem usucapere, non potest videri furtum committere, si alteri eam tradat. *Cujac. ad l. 7. §. procurator. 6. pro empt.*

Sed tamen id aliquando aliter] Dixit modò rerum mobilium difficilem esse usucapionem, idque probavit hac ratione, quod res alienæ mobiles difficulter transferantur, quin in vitium furti cadant. Id nunc ostendit aliquando aliter se habere, & non uno etiam modo citra furtum accidere posse, ut res aliena alteri vendatur, aut donetur. ac proinde totidē modis fieri, ut à bonæ fidei possessore usucapi queat. Locus hic descriptus est ex Gajo *l. potest. 36. hoc tit.* non ijsdem quidem verbis, sed idem significantibus, æquè claris ac perspicuis. Quod ideo moneo, quia Hotom. scribit, Trobonian, hoc loco non satis ad suum negotium attentum fuisse, & verba hujus textus nihil significare. Mihi ipse Hotomann. dum hæc scriberet, vigilasse non videtur.

Bona fide accipienti vendiderit aut donaverit] Duos profert modos, quibus alienatio rei alienæ mobilis fit absque furto: utrumque ex Gaio *d. l. 36.* Unus hic est, si hæres rem defuncto commodatam, locatam, aut apud eum depositam, existimans, eam hæreditariam esse, tanquam suam alienaverit. De hærede ipso rem talem retinente nihil dicit, quia ad probandum, quod propositũ erat, sine vitio furti aliquando rem alienam transferri posse, hoc nihil facit. Nos, an hæres ipse huiusmodi rem usucapere possit, videbimus posteà sub *§. diutina inf. eod.*

Partum suum esse credens] Casus hujus generis alter. Partus ancillæ in fructu non est, sed ad dominum proprietatis pertinet, *§. in pecudum 37. fin. de rer. div.* Sed nec fructuarius usucapere partum potest, sive sciat, partum alienum esse, sive ad se pertinere putet: quia juris hic error est.; qui possessori in usucapione non prodest. *l. nunquam 31. hoc tit.* Cæterum si partũ suum esse credens, fortè errori causam præbente, quod fœtus pecudum ad fructuarium pertinet, alteri eum vendiderit, poterit à bonæ fidei possessore usucapi, *d. l. 36. §. 1.* quippe cum hic nihil sit in persona accipientis, quod usucapioni obstet, neque furti vitio res affecta sit: non enim, si fructuarius ignorantia juris partum, ut suum, vendat, idcirco eum furtivum facit. Quippe cum furtum non committatur sine animo & affectu furandi, qui in errante nullus est *l. furtum 37. eod. §. placuit, inf. de obl. que ex del.* vulgatumque est; quamvis vel fatuam existimationem excusare à dolo, *per l. 1. in fin. de abigeis, l. 14. C. ad l. fab. de plag.*

Alijs quoque modis accidere potest] Alius modus est apud Gaium *d. l. 36. §. 1.* si quis sc. errore aliquo lapsus crediderit se hæredem esse, cùm non esset, & rem hæreditariam alienaverit. Item alius apud Papinian. *l. mandatum 57. mandat.* si hæres defuncti mandatarij quid distraxerit animo exequendi, quod defunctus suæ curæ fecerat. Duo alij sunt apud Pompon. *l. 5. pro derel.* Si quis id, quod pro derelicto habitum possidebat, vendiderit, item si quis rem vendiderit ab uxore sibi donatam: usque adeo ut hic non obstet usucapioni, quod emptor sciverit, rem in ea causa esse: quia

quasi volente & concedente domino venditur *d.l. 5. pro derel.*

Quod autem ad eas res, quæ solo continentur, expedit, jus ita procedit, ut, si quis] D. Cujacius hunc locum sic restituit; *Quod autem ad eas res, qua solo continentur, expeditius procedit, ut quis*, &c. ut hæc phrasis, *quod ad eas res, quæ solo continentur*, sit elliptica, & intelligatur verbum *attinet*, & quia tunc nondum totius loci sententia constat, inter colon & conjunctionem discretivam, *quamvis*, ponit relativum *qui*. Ut sit hæc sententia; Expeditius procedit, ut quis sine vi nanciscatur rei alienæ immobilis possessionem, quam rei mobilis sine furto: ac proinde etiam facilius est, ut res immobiles à bonæ fidei possessori usucapi queant. Quæ sententia quidem vera est: sed non ideo necesse est quicquam mutari. Nam & lectionis vulgatæ recta est & aperta sententia, atque effectu penè eadem: nimirum hæc; *Quod ad res immobiles attinet*. Pro quo Tribonianus dixit *expedit, jus ita procedere, ut si quis fundi aut loci alieni possessionem nactus sit sine vi, licet mala fide, de quo dubitari præcipuè poterat, is eum locum aut fundum in alium bona fide accipientem transferre possit cum conditione usucapiendi, in qua ipse propter malam fidem non erat: quoniam neque vi possessum accipitur, neque furtivum; cum rerum immobilium furtum fieri non intelligatur, l. furtum 37 §. 1. & l. seq. hoc tit.* unde hæc sumpta sunt. In re autem aliena mobili secus esse, quæ à sciente vendita in vitium furti cadat. Quamobrem causam non video, cur restitutio Cujacij quibusdam tantopere placeat.

Vacantis propter absentiam aut negligentiam] Simplex absentia domini possessionem vacuam non facit: quippe quam constat solo animo retineri, *l. 1. §. saltus 11. l. 6. §. 1. de acq. poss. §. possidere, inf. de interd.* Quapropter locus hic intelligendus est de absentia domini diuturna, rem suam penitus negligentis & relinquentis incultam. Et Gajus hoc expressit, *longo tempore, d.l. furtum 37. §. 1.* Illi perspicuè errant, qui locum vacantem interpretantur à domino derelictum. Quippe res pro derelicto habita statim fit occupantis, *§. pen. sup. de rer. div.* qui verò hic vacuus dicitur, negatur etiam usucapi ab occupante posse, uti & in *l. quam rem. 38. eod.* errat & Glossa, quod putat, quæ hic scripta sunt correcta esse per *l. ult. Cod. und. vi.* eoque nomine etiam vulgo reprehenditur. Non enim ideo, quia Justinianus interdictum momentaneæ possessionis dedit adversus eum, qui vacantem possessionem occupavit, statim pronuntiandum est, eum in cæteris quoque omnibus pro invasore & violento possessore habendum esse: Et potest aliquo casu etiam ubi competit interdictum unde vi, locus esse usucapioni, *l. 4. §. si tu me 22. l. non solum 33. §. 2. hoc tit.* Adde quod constitutio ista diutiùs anno ante Institutiones edita fuit, ut ostendit subscriptio.

Sine successore decesserit] Ita etiam Gajus *dict. l. 37. §. 1. eod.* Sine successore autem sic accipiemus, non tantum si quis decesserit sine ullo successore, sed etiam si certum successorem reliquerit, legitimum aut testamentarium hæredem, quamdiu is rerum hæreditarium possessionem nondum nactus sit. Et jacente quidem adhuc hæreditate, nec furtum rei hæreditariæ fieri, à Scævola proditum est, *l. 1. § Scævola 15. si is qui testam. lib.* Adita autem hæreditate etsi jura omnia ad hæredem transeunt, possessio tamen ei non acquiritur, nisi naturaliter apprehensa fuerit, *l. cum hæredes 23. de acq. poss.* Quamobrem etsi quis vacantis fundi hæreditarij possessionem vi occupavit, etiam ubi certus hæres est, eumque bona fide accipienti tradidit, procedet bonæ fidei possessori usucapio: quia neque furtivum neque vi possessum accepit. Neque obstat quod constitutum est, cœptam usucapionem à defuncto posse & ante aditam hæreditatem impleri, *l. cœptam, 40. hoc tit.* ut proinde non videatur posse rem interim ab alio possideri: quoniam duo eandem rem simul possidere nequeunt, *l. 3. §. ex contrario, de acq. poss.* Hoc enim, ut alibi traditum est, tunc procedit, quando medio tempore possessio ab alio occupata non est, *l. possessio 20. hoc tit. l. 6. §. ult. pro empt.* Deinde de re loquimur, quæ defuncti propria fuit, non quam ille possidebat tantum & cœperat usucapere.

Abolita est sententia existimantium] In hac opinione etiam Massurium Sabinum fuisse testatur Gell. *lib. 11. cap. ult.* non quod ille credidit fundum locumvé auferri aut loco moveri posse: sed quia furtum à fraude dici putavit, vel, ut Varro quoque & Labeo, à furto, quod clam & obscurè, & plerumque nocte fiat: æquè autem clam & per fraudem posse intercipi possessionem fundi, ac rei mobilis aut se moventis. Sed verius est, furtum à ferendo seu auferendo dictum esse, aut potius à Græco φώω, per affinitatem literarum, quod παρὰ τὸ φέρειν Græci dixere, *l. 1. de furt. §. 2. inf. de obl. quæ ex del. Gell. lib. 2. cap. 8.* quæ notatio non patitur, ut rei immobilis furtum fieri dicamus. Quin nec illud verum est, possessionem domino interverti, si quis clam fundum ingressus fuerit, *l. 6. §. 1. de aq. poss.* furtū autem est interversio possessionis. Quod si revertentem dominum non admiserit, jam vi intelligitur possidere, *d. loc.*

Fundi loci ve] Auctores nostri plerumque fundum à loco separant, *l. ex mille 64. de ev. it. Gajus l. 38. hoc tit. & hic Justinian.* Per fundum fere integrum

grum quid significant, agrum cum villa, ædificium cum area? per locum autem certam fundi portionem, *l. locus 26. de acq. poss.* & plerumque agrum aut aream; qui loci sunt sine ædificio, in urbe area, rure ager, *l. ager. 27. l. locus 60. l. quæstio. 115. l. fundi 211. de verb. sign.* quanquam hæc non sunt perpetua, & loci significatio sæpè generalior, quàm fundi, etiam apud nostros, *l. 4. si serv. vend. l. 1. §. 4. und. vi.* Consulendi *Alciat. Forn. Gædd. in tit. de verb. sign.*

Principalibus constitutionibus] Tum quibus possessores rerum soli longi temporis, id est, 10. vel 20. annorum possessione defenduntur, *tit. C. de pr. long. temp.* quod tempus nunc ad rerum immobilium usucapionem translatum est: tum quibus 30. annorum præscriptione domini omnimodo includuntur, *l. 3. & 4. C. de præs. 30. ann.* Illud hic monendi sumus, Iustinianum. *Nov. 119. c. 7.* unde sumpta est *auth. mala fidei. C. de præsc. long. temp.* hactenus juris ejus, de quo proximè egimus, constitutioni derogasse, ut si à possessore malæ fidei res alienata sit, non aliter ab eo, qui eam etiam bona fide accepit, usucapi aut longa possessione 10. vel 20. annorum acquiri possit, quàm si dominus sciverit, rem suam ab alio possessam esse, & toto eo tempore contestatus non sit: alioqui spectari jubet 30. annorum præscriptionem. Cæterum hoc procedere tunc tantum volunt, si eo ipso tempore, quo res alteri traditur, sciat is, qui tradit, rem alienam esse, & nec initium quoque bonum habuerit, add. quæ notat. *D. Gothofred. ad. d. auth.*

TEXTUS.

3. *Aliquando etiam furtiva, vel vi possessa res usucapi potest; veluti si in domini potestatem reversa fuerit: tunc enim vitio rei purgato procedit ejus usucapio.*

NOTÆ.

3. IN POTESTATEM DOMINI] Non utique ejus, cui surrepta est, *l. 5. §. 6. h. t. l. ult. vi bon. rapt.* Igitur si creditori res surrepta sit, in domini potestatem redire debet, *d. l. 4. §. 6.* nisi dominus ipse surripuerit: ita accipe Paul. *l. ult. eod.* in potestatem domini rediisse videtur, cum possessionem ejus nactus est justè, ut avelli non possit, & tanquam suæ rei, *d. l. 4. §. 2.*

COMMENTARIUS.

1 *Si res pignori data surrepta sit, utrius in potestatem redire debeat, ut vitium purgetur, domini ne debitoris, an creditoris.*

RErum furtivarum, vi possessarũ, contra legem Iuliam datarum, vitium purgatur, si in potestatem domini aut prioris possessoris redierint: ex quo fit, ut jam iterum usucapi posse incipiant, *l. 4. §. quod autem 6. l. ubi 24. §. 1. hoc tit. l pen. de leg Iul. rep.* Verbum potestatis in proposito possessionem significat, & potestatem habendi tenendique, *d. l. 4. §. tunc 12.* Res vi possessa redire debet in potestatem ejus qui dejectus est, ut maximè dominus non sit: neque enim aliter vitium violentiæ purgatur, quàm si dejectus ipse restituatur in possessionem, *fac. l. 6. §. de precar.* Res contra legem repetundarum data necesse est ut revertatur in potestatem ejus à quo profecta est, hæredisve ejus, *d. l. pen. de leg. Iul. rep.* Rei autem furtivæ vitium ut purgetur, in ipsius domini potestatem eam reverti oportet, *d. l. g. 4 §. quod autem,* quippe furtum in re furtiva solum dominum lædit: cui proinde soli etiam de re furtiva 1 condictio competit, *§. ult. inf. de obl. quæ ex del.* Planè nihil interest, utrum in potestatem domini aut possessoris res pervenerit, an quocumque modo his satisfactum sit, *d. l. 4. §. sed & si 13. l. si fur. 32. pr. eod. l. quamvis 84. de furt.* De re pignori data & surrepta creditori dubitari potest, in domini debitoris, aut creditoris potestatem redire debeat, ut vitium purgetur, & usucapi possit: nam Paulus respondit, in domini potestatem eam redire debere, *d. l. 4. §. quod autem.* Labeonis quoque eadem sententia est, *l. ult. eod.* Idem tamen Paulus, *d. l. ult.* notas ad Labeonem scribens contra affirmat, rem pignori datam & surreptam usucapi posse, si in potestatem creditoris redierit. Sed hæc non magno negotio conciliari possunt. Refert enim, utrum debitor ipse, an alius rem creditori surripuerit. Posteriore casu semper necesse est, ut vitium purgetur, in potestatem debitoris rem reverti, *d. l. 4. §. quod autem,* atque hoc etiam Labeo sensit. Priore autem casu purgatur reversa in potestatem creditoris: neque hoc Labeo negaret, fuitque semper extra omnem controversiam, atque à Paulo tantum indicatur, ut ostendat, posse aliquando pignus, quod in potestatem creditoris redijt, usucapi; quod Labeo non expresserat. Fuit autem, ut dixi, illud explorati juris: siquidem ratio aliqua esse debet purgandi vitij per reversionem rei in potestatem alterius, quàm furis. Enimverò hoc amplius usucapionem admittebat Cassius, etiamsi pignus à debitore surreptum & distractũ in potestatem creditoris nondum pervenisset: eaque sententia etiam obtinuit, *d. l. 4. §. si rem. 11. l. 5. pro empt.* quamvis aliis, nec dubito quin Labeoni etiam & successoribus ejus, displicuerit, & absurdum visum sit, ab eodem & fieri furtum, & furtum emendari: quorum sententia et-

iam expresè confirmari videtur, *l.6. C. pro empt.* Verùm Cujac. *in d.l.4. §. si rem.* ita distinguit: aut debitor non tenente creditore pignus alij vendidit, & tunc ab emptore usucapi non potest, quia in ipsa venditione furtum committitur, nec post admissum furtum vitium purgatur re in potestatem non redeunte; ac de hoc casu loqui putat, *d l.6. C. pro empt.* aut tenenti creditori pignus aufert, & deinde vendit, & tunc ab emptore usucapi posse existimat: quoniam postquam furtum factum est, res in potestate debitoris fuit; atque hoc ostendere, *d.l.4. §. si rem. hoc tit. & d.l.5. pro empt.* Illud constat, tractari in hac quæstione de re aliena, quæ à bonæ fidei possessore pignori obligata est, ut sit locus usucapioni pro emptore, *d.l.5. pro emp.* Quamvis enim res aliena pignori non sit, inter ipsos tamen qui contraxerunt, rata est pignoris conventio, *per l.9. §. pen. l. si pignore 22. §.2. de pign. act.*

TEXTUS.

4. *Res fisci nostri usucapi non potest: sed Papinianus scripsit, bonis vacantibus fisco nondum nuntiatis, bonæ fidei emptorẽ traditam sibi rem eorum bona usucapere posse. & ita divus Pius, & divus Severus & Antoninus rescripserunt.*

NOTÆ.

4. RES FISCI] *l 18. l. 24. §. 1. h.t.* Sunt & aliæ, ut res dominicæ, *C. ne rei dom. vel temp.* civitatum, ecclesiarum, gerontocomiorum, &c. de quibus *l. ult. C. de fund. patrim. l. ult. C. de fund. rei priv. lib. 11. l. 23. C. de SS eccl.* Nov. 9. Nov. 111 Nov. 131 *c.* 6. Res pupillorum, *l. 3. C. quib. non obst. long. temp. præscr.* minorum, *l. ult. C. in quib. ca. in int. rest.* præsidi contra leg. Iuliam datæ, *l. pen. de leg. Iul. Rep. l 48. de acq. rer. dom.* bona adventitia filijfam. *l 1. §. 1. C. de ann. exc.* denique res prohibitæ alienari aut lege aut testamento, *l. 2. C. pro empt. l. 16. de fund. dot.*

COMMENTARIUS.

1 *Hoc §. tolli videri præscriptionem quadriennij, quæ olim bonorum vacantium possessori dabatur adversus fiscum.*

INter res, quæ juris constitutione usucapioni obnoxiæ non sunt, quorum summam complexum sub §. *t. sup.* primum locum obtinent res fisci, *l. quamvis 18. l. ubi 24. §. 1. hoc tit l. 2. C. com de usuc.* Hoc autem privilegium rebus fiscalibus merito datum est, ne negligentia procuratoris fisci principi noceat, qui alijs curis implicatur, & tot ac tanta negotia sustinet, ut de suis aut fisci rebus ipsi inquirendi otium non sit. Rerum patrimonialium eadem ratio est, quæ ob id etiam cum fiscalibus comparantur, *§. ult. eod.* Nullane igitur temporis defensio possessorem adversus fiscum tuetur? De fundis patrimonialibus & rei privatæ rescriptum est, possessores eorum 40. annorum præscriptione defendendi, *l. ult. C. de fund. patrim. lib. 11. l. ult. C. de fund. rei priv. lib. eod.* Tantum hoc cavetur, ut ne adversus fiscum ea præscriptione hoc assequantur, ut in futurum à canone possessio sit immunis, *l. 6. C. d. tit.* Cæterum Iustinianus *l. ut inter. 23. C. de sacr. eccl.* civitatibus hoc privilegium dedit, ut adversus eas nulla procedat temporis præscriptio, præterquam 100. annorum: quo jure vel magis fiscum uti oportet. Idem jus eodem loco concedit etiam ecclesijs: & confirmat, *Nov. 9.* verùm abrogat iterum. *Nov. 111. & Nov. 131. cap. 6.* substituta pro 100. annorum 40. præscriptione: quibus posterioribus constitutionibus sublatum quoque intelligi debet jus civitatibus datum, *l. 23. C. de sacr. eccles.* atque ita postremò in his rebus reditur ad præscriptionem 40. annorum. In causis fisci criminalibus: uti persecutio criminum regulariter exceptione 20. annorum excluditur, *l. querela. C. ad leg. Corn. de falsi.* ita etiam persecutio bonorum damnati, aut adnotati, quam fiscus habet: eoque refero, *l. in omnibus 13. de diversi. temp. præscr.* quamvis D. Cujac. eam accipiat de causis fisci civilibus, quas omnes scribit 20. annis extingui, excepta causa commissi & bonorum vacantium, *l. 2. C. de vect & com m. l. 1. §. 2. de jur. fisc.*

Bonis vacantibus] Bona vacantia dicuntur eorum, qui sine hærede decesserunt. Strabo *lib. 17. Geograph.* ἀδέσποτα vocat, Harmenopulus ἀκληρονόμητα, *lib. 3. tit. 1. §. 18.* Hæc lege Iulia caducaria ad fiscum pertinent, *l quidam 96. §. 1. l. filius fam. 114. §. 2. de legat. 1. l. 1. de jur. fisc. l. 1. C. de quadr. præscr. l. 1. C. de bon. vac. &c.* Ius occupandi bona vacantia inter regalia numeratur, *lib. 2. Feud. tit. quæ sint regal.* Erant autem certi delatores, qui hujusmodi bona aliámve rem ad fiscum pertinentem præmij alicujus gratia nuntiabant, *tit. de jur. fisc. passim.* similes fere antiquis quadruplatoribus: de qua voce vide *Fest.* Bonorum vacantium numero habenda etiam bona caduca nondum nuntiata, ita dicta, quod in fiscum certis de causis cadunt. Verùm caduca penè à Justiniano sublata sunt, *l. un. C. de cad. toll.*

Fisco nondum nuntiatis] Nempe à delatoribus, qui nuntiabant, aliquid cecidisse in fiscum, *passim tit. de jur. fisc. de quo ex professo Gudelin. lib. 5. de jur. noviss. c. 10.*

Vsucapere posse] Opus tamen ad introducendam usucapionem rerum vacantium fuisse rescriptis, indicat hic locus, & *d. l.* 18. *eod.* quippe bona vacantia ad fiscum pertinent ipso jure, etsi in patrimonio fisci non videantur computari, antequam nuntiata
1 sunt & fiscus ad ea animum adjecit. Videtur autem Iustinianus hic tollere præscriptionem quadriennij, quæ bonorum vacantium possessori dabatur adversus fiscum post quadriennium agentem, *l.* 1. *C. de quadrien. præsc. l.* 1. *§.* 2. *de jur. fisc. l.* 10. *de div. tem. præscr.* Nam olim quidem hic sua utilitas & præscriptioni quadriennij & usucapioni anni aut biennij adversus fiscum fuit: præscriptioni in eo, quod fisco ea obstabat sine consideratione bonæ aut malæ fidei possessoris: quippe cùm hoc tempus actioni fisci præstitutum esset, uti quinquennium vindicandæ rei, quæ in commissum cecidisset, *l.* 2. *C. de vect. & comm.* usucapioni in eo, quod breviori tempore implebatur. Si verò idem tempus in usucapione rerum immobilium vacantium adversus fiscum desideramus, quod aliarum huius generis rerum usucapioni Iustinianus præstituit, poterit fiscus usque ad 10. annos quæstionem de his rebus movere, neque ampliùs finietur nuntiatio quadriennio. Et tamen vix dubito, quin hæc mens Iustiniani fuerit: argumentoque est, quod Tribonianus in *l. quamvis* 18. *hoc tit.* pro eo, quod Modestinus scripserat, *usucapiet*, reposuit, *diutina possessione capiet*: uti primæ notæ scriptores omnes profitentur. Hæc vulgò intacta.

TEXTUS.

5. *Novissimè sciendum est, rem talem esse debere, ut in se non habeat vitium, ut à bonæ fidei emptore usucapi possit, vel qui ex alio justa causa possidet.*

NOTÆ.

5. NON HABEAT VITIUM] Id est, ut talis sit, quæ neque natura, neque lege usucapioni exempta, fac. *l.* 24. *h. t. & 5. C. pro empt.*

COMMENTARIUS.

CONclusio superiorum. In summa autem hoc dicit, non sufficere possessori ad usucapionem quod bona fide possideat, quod rem ex justa causa seu titulo ad transferendum dominium idoneo acceperit, nisi res sit integra, & in se nullum vitium habeat, id est, talis sit, quæ neque natura, neque lege usucapioni exempta est, *fac. l. ubi* 24. *hoc tit. l. 5. C. pro empt.* de possessione, quæ fundamentum est usucapionis causa proxima, deque eius continuatione, dicam ad *§. diutina inf.*

TEXTUS.

6. *Error autem falsæ causæ usucapionem non parit; veluti si quis, quum non emerit, emisse se existimans, possideat, vel quum ei donatum non fuerit, quasi ex donato possideat.*

NOTÆ.

6. ERROR FALSÆ CAUSÆ] Opinio justi tituli. Non qui putat se emisse sibive donatum esse, pro emptore, aut pro donato usucapit, sed qui revera emit, &c. *l.* 27. *h. t. l. pro don.* quippe falsa nostra existimatio rei veritatem non mutat, *l.* 6. *ad mun.* Iustus tamen & probabilis error excusatur, *l.* 13 *§.* 1. *pro empt. l. uli §. uli pro suo.*

COMMENTARIUS.

IAm antè dictum est, nulla justa causa possessionis præcedente usucapionem aut longi temporis præscriptionem non procedere, *l. nullo* 24. *C. de rei vend. l.* 4. *C. de præscr. long temp. l.* 6. *C. de acq. poss.* Hæ causæ in usu juris etiam tituli appellantur, *l. ult. C. de usuc. pro har. d. l. nullo, C. de rei vend. d. l.* 4. *C. de præsc. long. temp.* Iustæ autem causæ possessionis sunt eædem, quæ & dominij acquirendi, *l.* 3 *§. pen. de acq. poss.* ubi pleræque huius generis commemorantur. Error autem falsæ causæ, id est, opinio justi tituli usucapionem non parit, sed oportet titulum revera interveniss: hoc est, non is, qui putat, se emisse, sibi donatum aut legatum esse, cùm non sit, pro emptore, pro donato aut legato usucapere potest; sed is solus, qui verè emit, cui res verè donata aut legata est, *l. Celsus* 27. *hoc tit. l.* 1. *pro donat. l.* 2. *& 3. pro legat. l.* 6. *pro derel. l.* 2. *§. ult. pro dot.* quippe falsa nostra existimatio rei veritatem non mutat, *l.* 6. *ad munic.* Quidam tamen veterum censebant, in falsa opinione tituli admittendam esse usucapionem pro suo; sed errare eos Celsus ostendit *d. l.* 27. Utitur autem hac ratione, quod ubi nihil emptum, nihil donatum aut legatum est, usucapio pro emptore, pro donato aut legato non valeat. Quæ ratio prima fronte inepta videri potest; nam illi, quos errare ait, non hoc dicunt, bonæ fidei possessorem, qui modò emptum, donatum aut legatum sibi existimet, etiamsi nihil horum sit, pro emptore, próve donato

aut

aut legato usucapere posse, sed pro suo: quod ratio Celsi non videtur removere: quoniam & titulus pro suo justus titulus est. Explicanda igitur est Celsi ratio, ut appareat, ex ea etiam effici, ut in proposito nec locus sit usucapioni pro suo. Titulus pro suo duplex est, unus specialis, qui ex sola conditione rei possessæ nascitur, & locum habet in his, quæ sola occupatione nostra fiunt, ex quo titulo certa usucapio, *l. 2. pro suo*, alter generalis, cohærens cum aliis omnibus causis: ut ecce, qui bona fide pro emptore, pro donato, pro ve legato possidet, is simul ex his causis etiam possidet pro suo: sed hic titulus generalis pro suo, pro justo titulo possessionis non habetur, nisi concurrat alius specialis, cui ille adhæreat, *l. 1. pro suo*. Iam puto intelligitur, quam vim ratio Celsi habeat, nimirum remoto alio titulo speciali, quem in proposito nullum esse in confesso est, admitti non posse generalem illum pro suo. Cæterum hoc totum sic acceptum est, ut justus & probabilis error possessoris usucapioni non obstet, veluti, si servus aut procurator rem aliquam se emisse falsò domino persuaserint, quam emendam illis mandaverat; in hoc errore possessor pro emptore usucapiet; quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est, *l. quod vulgo 11. pro empt. l. ult. §. 1. pro suo*. Potest & in nostro ipsorum facto talis error intervenire, ut usucapio non impediatur *l. 2. §. si à pupillo. & §. seq. pro empt.*

TEXTUS.

7. Diutina possessio, quæ prodesse cœperat defuncto, & hæredi & bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat, prædium alienum esse. Quod si ille initium justum non habuit, hæredi & bonorum possessori, licet ignoranti, possessio non prodest. Quod nostra constitutio similiter & in usucapionibus observari constituit, ut tempora continuentur.

NOTÆ.

7. DIUTINA POSSESSIO] Sine possessione usucapio non procedit, *l. 25. h. t.* Non autem præcisè exigitur possessionis continuatio in una eademque persona: sed receptum, ut etiam alienæ possessionis accessione uti liceat, *leg. 14. h. t. l. 2. §. 19. & seq. pro empt. l. 53. §. 1. & deinceps de acq. poss. l. 14. de div. & temp. præs.*

HÆREDI CONTINUATUR] *l. 43. h. t. & l. 2. §. 19.* eadam ratione, qua perseverat, usucapere, qui postea cognovit rem alienam esse, *l. 48. §. 1. A. R. D.* nam hæres defuncti vice fungitur, *l. 23. hoc tit.*

HÆREDI NON PROCEDIT] Quia etiam ἀμαρτίαις ἐστὶ κληρονομία, hæres non tantum in virtutes, sed etiam in vitia defuncti succedit, *l. 11. de div. & temp. præs. l. 11. C. de acq. poss.*

ET IN USUCAPIONIBUS] Sensus est, se constitutione sua caviisse, ut eadem temporis inter hæredem & defunctum continuatio observaretur in usucapione à se reformata, & rerum quoque mobilium. Cujacia transpositio non placet.

COMMENTARIUS.

1. *Quid in hoc argumento sit possidere.*
2. *Possessionem legitimi temporis ad usucapionem definiti continuam requiri.*
3. *Interrumpi possessionem duobus modis, & quis utriusque effectus.*
4. *Ad implendam usucapionem etiam alienæ possessionis accessione uti licere.*
5. *Iustam possessionem defuncti prodesse hæredi, etiam scienti rem alienam esse: injustam defuncti non prodesse licet ignoranti: & quam rationem utrumque habeat.*
6. *Cuiac. VVesemb. Hotomannus confutantur: & quis sit sensus verborum in calce huius §. ostenditur.*

IN primis eum, quem usucapere volumus, possidere oportet: sine possessione ait Iurisconsultus usucapio contingere non potest, *l. 25. hoc tit.* Possidere in hoc argumento is solus intelligitur, qui animo dominantis rē tenet. Quamobrem hinc removentur primùm, qui alieno nomine in possessione sunt, ut fructuarius, creditor, colonus, is cui res cōmodata, aut apud quem deposita est, *l. non solum 33. §. qui pignori. hoc tit. l. pen. §. 2. qui satisd. cog. §. 4. inf. per quas pers. §. possidere 5. inf. de interd.* deinde etiā sequester, apud quem possessio deposita est: item is, cui possessio tradita est, ut eam postea restituat: etsi enim hi verè possident, *l. licet 17. §. 1. depos. l. si quis 17. in fin. de acq. poss.* tamen quod effectum usucapionis pro possessoribus haberi non possunt, quia rem non ut suam, non animo domini tenent. Possidere autem oportet totum illud tempus, quod lege definitum est, rem mobilem triennium, immobilem decem aut viginti annos, & possidere continenter sine possessionis interruptione. Hinc rectè usucapio à Modestino definitur adjectio domini per continuationem possessionis temporis lege definiti, *l. 3. hoc tit.* In computatione temporis hoc observatur, ut non à momento ad momentum computetur, sed dies postremus cœptus

pro

pro impleto habeatur, *leg. 6. eod.* Interrumpitur pos-
3 sessio duobus modis: uno naturaliter, veluti cùm quis vi de possessione dejicitur, aut res nobis eripitur, *l. 5 eod. l. 15 de acq. poss.* altero civiliter per litis contestationem: hoc modo civiliter interrumpi possessionem dicimus, quia post litis contestationem verè & naturaliter possidere non desinimus, & implemus usucapionem, *l. 2. pro donat. l. 2. §. ult. pro empt.* sed impleta inter moras judicij usucapio effectu juris victo possessori non prodest, sed rem restituere cogitur, perinde quasi non usucepisset, *l. si post 18. de rei vend.* Naturali, interruptionis hanc vim fuisse constat, ut etsi quis amissam semel possessionem deinde recuperasset, ei prioris possessionis tempora ad usucapionem aut præscriptionē non prodessent, sed à recuperata possessione tempus denuò inchoaretur; & proinde etiam, quod ad bonam fidem possidentis attinet, initium possessionis recuperatæ spectatum fuisse, *l. 15. §. 2. hoc tit. l. 7. §. qui bona 4. pro empt.* neque ex hoc jure quicquam mutatum. Litis autem contestatione usucapio non interpellabatur, sed, ut dixi, condemnato possessore erat inefficax: lite omissa erat efficax. At longi temporis præscriptio, quod facti esset, etiam plenè interrumpebatur lite, ut nec lite omissa ullius momenti esset, etiamsi post omissam litē ex integro is, cum quo actum erat, longo tempore possedisset, *l. 2 l. 3. l. nec bona 10. C. de long. temp. præscr. l. nemo, C de acq. poss.* Sed hæc differentia sublata est per *l. pen. & ult. C. de annal. exc. l. un. C. de usuc. transfor.* An ergo & mala fides simpliciter incidens, quæ usucapionem neutiquam interpellabat, *l. bona 48. §. 1. de acq. rer. dom.* interpellavit præscriptionem longi temporis? Id quidem affirmat Cujac. in *d. l. 2. §. ult. pro empt.* Verùm hoc nusquam scriptum est: nec eadem effecta, quæ litis contestationi tributa sunt, fuisse scientiæ rei alienæ simpliciter incidentis, argumento est tum vetus usucapio; tum etiam Justinianea, quæ non interrumpitur ex posteriore alienæ rei scientia, *d. l. un. C. de usuc. transfor.* plenissimè interrumpitur litis contestatione, atque adeo libelli oblatione, ut expresè constitutum est, *l. pen. & ult. C. de annali except.* Atque hactenus igitur minus est in nova usucapione, quàm in veteri fuit, quod nova istis modis plenè interpellatur. Conti-
4 nuationem possessionis dum exigimus, non hoc præcisè exigimus, ut una eademque persona per totum legitimum tempus continenter possideat, sed receptum est, ut ad usucapionem & longi temporis præscriptionem implendam alienæ possessionis accessione uti liceat. Atque hoc tributū est licet dissimiliter, de quo statim, tam successori rerum singularum, puta emptori, donatario, quàm successori universi juris, ut hæredi aut bonorum possessori, *hoc text. & §. seq. leg. 14. eod. l. 2. §. si defunctus, 19. & seq. pro empt. leg. Pompon. 13. §. 1. & seqq de acquir. poss. l. de accessionibus 14. de div. temp. præscr.*

Licet ipse sciat prædium alienum esse. Quod si ille initium justum non habuit] Hæc non ad quemvis successorem, sed ad successorem universi juris, hæredem aut bonorū possessorem, tantùm pertinent. Duo autem hic traduntur: unum est, Iustam possessionem defuncti prodesse hæredi & procedere, etiamsi hæres sciat rem alienam esse: quod & traditur, *l. hæres 43. hoc tit. l. 2. § si defunctus 19. pro empt.* alterum, Injustam possessionem defuncti hæredi non procedere, licet ignoret rem alienam esse, *fac. l. cum hæres 11. de div. temp. præscr. l. vitia, C de acq. poss.* Utrumque eandem rationem habet, quia scilicet hæres personam & conditionem defuncti suscipit, ita ut una persona cum defuncto censeatur. Hoc enim posito, qualitas possessionis ex persona defuncti tantum æstimanda, ut illa vel prosit hæredi, vel noceat; prosit, si defunctus bonum initium habuerit, etsi hæres non habeat; noceat, si defunctus bonum initium non habuerit, etiamsi hæres habeat: & perinde per omnia habeatur, ac si defunctus adhuc ipse possideret. Succedit itaque hæres non tantùm in virtutes defuncti, sed etiam in vitia, nec ignoratione sua ea excludit, ut ait Papinianus, *d. l. 11. de div. tem. præsc. & Impp. d l. 11. C. de acq. poss. Vitia possessionum*, inquiunt, *à majoribus contracta, perdurant, & successorem auctoris sui culpa comitatur.* Ex quo hoc amplius etiam intelligimus, errare eos, qui hæredem volentem uti accessione possessionis defuncti, à semetipso inchoare possessionem, atque usucapionem præscriptionemve statuto tempore implere posse arbitrantur; quod jus tantum singularis est successoris; ut postea demonstrabitur. Nihil verò eorum opinionem iuvat, *l pen. pro hered.* neque enim negamus, posse aliquando hæredem usucapere quod defunctus non potuit: sed dicimus, non posse, quod defunctus vitiosè possedit. Ut ecce, potest hæres ex sententia plerorumque veterum usucapere rem quam putat hæreditariam esse, cùm non sit, sed defuncto commodata, aut pignerata, aut apud eum deposita quomodo est, *d. leg. pen.* nimirum quia nihil ex persona defuncti hic obstat hæredi quominus ipse eam rem pro hærede usucapere possit: quanquam sunt, inter quos etiam Bachovius, qui nec hoc ipso casu usucapionem pro hærede admittunt: per *l. 2. & ult. C pro hered. l. 4. C. de præscr. long. temp.* Sed hos si sequimur delendi erunt, *tit. de usuc. pro hærede*, possuntque *dd. ll. 2. & ult.* commodè accipi de iis, qui falsò

existimant se hæredes esse: & *d.leg.ult.cum d.lez.* 4. etiam de vero hærede, sed qui rem ex titulo ad usucapionem inhabili tenens, possessionis causam sibi mutare conatur, eamque rem obtentu, quasi hæreditaria esset, pro hærede usucapere: cujusmodi species proponitur, *d l.* 2 §. 1. *pro hærede.*

Quod nostra constitutio similiter & in usucapionibus] Hunc versum transposuit Wesembecius, secutus auctoritatem Cujacij: qui putavit, eum non suo loco positum esse, & reponendum post §. *sequentem*: propterea quod Justinianus constitutione sua, *l. un. C. de usuc. transf.* nihil novi caverit de continuatione possessionis defuncti & hæredis: sed, quod ex rescripto Severi & Antonini tantùm obtinebat in præscriptione longi temporis, ut inter emptorem & venditorem tempora conjungerentur, traxisse ad usucapionem, in qua olim successor singularis propter brevitatem temporis accessione possessionis auctoris sui non utebatur, per *l. si ades*
6 32. §. 1 *de serv. præd. urb.* In quo vix est, ut Cujacio assentiri possim. Nam in *leg. id tempus*, 14. *hoc tit.* expresè etiam emptori & legatario prodesse dicitur tempus, quod venditor & testator possederunt; prodesse scilicet etiam ad usucapionem, de qua ex professo isto titulo agitur. Similiter Ulpian. in *l. Pomponius*, 13 §. 1. *& seqq. de acq. poss.* latissimè disputans de accessione temporis, qua posterior possessor utitur ex persona auctoris sui, in tota illa disputatione nullius differentiæ meminit, quæ hac in parte sit inter usucapionem & longi temporis præscriptionem. Quin etiam disertissimis verbis scriptum à Paulo est, emptori tempus venditoris ad usucapionem procedere, *l.* 2. §. *pen. pro empt.* Hoc amplius Scævola etiam, emptorem servi uti accessione venditoris, *l. in accessionibus* 14 § 2. *de div. temp. præscr.* Atqui constat res mobiles anno ubique usucaptas fuisse. Nec absurdum est, in ea temporis brevitate pari spatio duorum conjuncta possessione rem acquiri, quo unius: imò in duorum possessione domini conditio melior: quoniam tam in successore volente uti accessione bonum initium exigitur, quàm in auctore ejus, cùm unius usucapionem mala fides superveniens non interpellet. Hæc autem omnia Triboniano adscribere magnæ temeritatis est: neque in *d.l. si ades* 32. §. 1. *de serv. præd. urb.* agitur de emptore, alióve, in quem ex justa causa possessio ab auctore translata est, quo demum casu locus est conjunctioni temporum; sed de eo, qui interpellata usucapione, propterea quòd res simpliciter posideri desita esset, posteà eandem rem posidere cœpit. Quomodo igitur defendimus, quod Justinianus ait de conjunctione temporum à se introducta in usucapionibus, similiter ut in diutina possessione? **Hotomannus** existimat, totam hanc disputationem ante Justinianum nihil ad usucapionem pertinuisse, sed ad longi temporis præscriptionem duntaxat: ac ne hæredi quidem tempora in usucapionibus continuata, sed id primùm effectum esse constitutione Justiniani: idque esse, quod hoc loco Justinianus significet. Verùm hanc sententiã falsam esse ostendunt quotquot sunt loci, quos modò citavimus: & de hærede hoc amplius jam antè obtinuit, ut nec scientia continuatio temporum in usucapione impediretur, *l. hæres* 43. *hoc tit. l.* 2 §. *si defunctus*, 19. *pro empt.* idque locum haud dubiè etiam habuit in usucapione rerum mobilium: neque simplex scientia hæredis rem magis furtivam facit, quàm si defunctus ipse ante impletam usucapionem resciviss et rem alienam esse. Quapropter omninò existimo, Justinianum, nisi fortè quid falsò sibi attribuerit, his verbis, *Quod nostra constitutio similiter & in usucapionibus, &c.* nihil aliud significare, quàm se in usucapione à se reformata nihil innovasse, quod attinet ad continuationem temporum inter defunctum & hæredem; sed eam observari voluisse etiam in sua usucapione & rerum quoque mobilium, uti ea anteà observabatur, & maximè in diutina possessione, in qua frequentior erat propter longioris temporis spatium. Non meminit quidem nominatim defuncti & hæredis, sed tamen generaliter antecessoris & successoris cujusvis; quod satis est ad retinendum hunc versum in suo loco: ita propemodum & *Car. Hannib. Fabrot. in not. Theoph.* Hinc simul apparet, abuti hoc textu DD. qui eum adducunt ad probandum, usucapionem tantùm esse rerum mobilium.

TEXTUS.

8. *Inter venditorem quoque & emptorem conjungi tempora, divi Severus & Antoninus rescripserunt.*

NOTÆ.

8 VENDITOREM ET EMPTOREM] Cæterosque singularis rei successores, *l.* 13. §. 10. *& seq. de acq. poss. l.* 5. *l.* 14. *de div. præs.*

CONIUNGI TEMPORA] Modò uterque bona fide acceperit. Vide fus. in comment.

COMMENTARIUS.

1 *Quando successor singularis accessione possessionis auctoris sui uti possit.*

2 *Vitium*

2. *Vitium auctoris successori neque nocere, neque prodesse.*

DE conjunctione temporum inter priorem possessorem & universi juris successorem dictum, §. *prec.* hic de eadem coniunctione agitur inter venditorem & emptorem, quod tamen jus ad cæteros quoque pertinet, qui alio titulo singulari, etiam lucrativo rem acceperunt, putà ex causa donationis aut legati, *l. id tempus* 14. *pr. & §. 1. hoc tit. l.* 1 *Pomponius* 13. *§ sed & 10. & seq. de acq. poss. l. 5. l. in accessionibus* 14 *§. 1. de div. temp præscr.* Scriptum hic simpliciter est, inter venditorem quoque & emptorem tempora conjungi. An igitur eodem modo, quo inter defunctum & hæredem? Nequaquam: sed ita, si uterque bona fide rem acceperit. Proinde si emptor justum possidendi initium non habuerit, etiamsi venditor habuerit, non utetur emptor accessione venditoris, contra quam existimat Hotomannus: nam traditum est, vitiosæ possessioni nullam ne justam quidem posse accedere, *d. l. Pomponius in fin.* quanquam diversum est in successione universi juris, de quo abundè, *§ prec.* Ex contrario quoque vitiosa venditoris possessio non prodest justæ possessioni emptoris: sed qui vult uti adminiculo ex persona auctoris, eo uti debet cum sua causa suisque vitijs, *d. l. Pomponius §. 1.* id est eadem cõditione eodemque jure, quo auctor uteretur. Denique hoc etiam traditum est, nec vitiosam possessionem accedere posse ei, quæ vitiosa non est, *d. l. Pomponius in fin.* Planè non nocebit successori, quod auctor eius bono initio nixus, rescivit, rem alienam esse, antequam eam alienaret: quia, si non alienasset, ipse eam usucapere potuisset. Quid si successor 2 accessione auctoris uti nolit, sed suæ tantùm possessionis tempora computare, an hic etiam vitium auctoris ultrò nocebit successori? Placuit, quemadmodum vitium auctoris successori non prodest, si accessione uti velit; ita neque nocere, si accessione uti nolet: denique successorem per se usucapere posse, quod auctor usucapere non potuit, *d. l. 5. de div. tem. p. præsc. l. 4. §. auctoris* 27. *de do. exc. l. 4. C. de rei vend.* quod tamen ex parte emendatum & temperatum est distinctione, quæ extat in *authent. mala fidei. C. de præsc. long. temp.* In hoc autem dissimilis item causa hæredis est, cui vitiosa defuncti possessio nocet, etiamsi adminiculo ex persona defuncti uti nolit: quippe qui tam in vitia quàm in virtutes defuncti succedit, & eadem cum defuncto persona esse existimatur, *l. cùm hares* 11. *de div. temp. præscr. vid. §. præced.* Loquimur autem de vitio personæ possessoris: nam quod vitium in re est, putà si res furtiva sit aut vi possessa, id generaliter successoribus omnibus nocet, *§. novissimè sup. l. ubi* 24. *eod. leg.* 7. *C pro empt.* Illud addo, si medio tempore alius possederit, interruptam esse possessionis continuationem; atque in ea re similes esse emptores universi juris successoribus, *d. l. Pomponius* 13. *§. quæsitum* 4. *de acquir. possess. l. possessio* 20. *hoc tit.*

TEXTUS.

9. *Edicto divi Marci cavetur, eum, qui à fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium præterierit, posse dominium rei exceptione repellere. Constitutio autem divæ memoriæ Zenonis benè prospexit ijs, qui a fisco per venditionem, aut donationem, vel alium titulum accipiunt aliquid: ut ipsi quidem securi statim fiant, & victores existant, sive experiantur, sive conveniantur: adversus autem sacratissimum ærarium usque ad quadriennium liceat iis intendere, qui pro dominio vel hypotheca earum rerum, quæ alienatæ sunt, putaverint, sibi quasdam competere actiones. Nostra autem divina constitutio, quam nuper promulgavimus, etiam de ijs, qui à nostra; vel venerabilis Augustæ domo aliquid acceperint, hæc statuit, quæ in fiscalibus alienationibus præfatæ Zenonianæ constitutionis continentur.*

NOTÆ.

9. CONSTITUTIO ZENONIS] *leg. 2. C. de quadr. præscr.* Fisco hoc tributum, quo paratiores reperiat in subhastationibus emptores. Wes.

COMMENTARIUS.

1. *Ærarium etiam post occupatam rempubl. diu dictum pecuniam publicam, sive imperij, fiscum, pecuniam principis privatam, postea utrumque verbum promiscuè usurpatum.*
2. *Præscriptionem quadriennij fiscalem & veteri juri incognitam, & Canonibus improbatam: neque usu apud plerosque receptam esse.*

SI post venditionem quinquennium] Mentio fit hujus edicti D. Marci *l ult. C. si adverf. fisc.* In hac autem præscriptione quinquennij nullam

factam fuisse distinctionem inter bona aut mala fide quid à fisco accipientem, apparet ex eo, quod alioqui melior conditio fuisset eius, qui à privato emisset, quàm qui à fisco: siquidem is, qui à privato bona fide rem emerat, ad summum biennio eam usucapiebat.

Constitutio Zenonis] Ea est *l. 2. C. de quadrien. præscript.* Olim quinquennij præscriptione tui erant, qui quid alienum emerant à fisco. Hodie statim tuti sunt ex constitutione Zenonis, sive conveniantur, sive ipsi amissa fortè rei possessione ultrò agant. Fisco autem alienanti rem alienam, vel alij pignori obligatam, datur præscriptio quadriennij, si post quadriennium eo nomine conveniatur à domino aut creditore pigneratio, *d. l. 2.* Quod ideò sic constitutum esse videtur, ut tantò faciliùs emptorē fiscus reperiat; tum etiam ne rescindatur venditio facta publica auctoritate: alioqui sanè durum atq; iniquum est domino aut creditori, jus vendicandi aut persequendi rem suam aut sibi nexum statim auferre, iisque objicere tam potentem adversarium.

Sacratissimum ærarium] Hic disertè fiscus appellatur ærarium Principis, uti & in *l. 2 & 3. C. de quadr. præscr.* neque causam habet Hotomannus, cur eo nomine Tribonianum reprehendat: & falsum est quod scribit, ærarium esse rerum Principis privatarum, quibus sc. ipsius patrimonium constet: fiscum verò cæterarum omnium, quæ sacræ largitiones & sacri thesauri passim appellentur, eamq; differentiam in *dd. ll.* accuratè observatam. Scimus, locum, ubi pecunia publica reponebatur, Romanis ærarium appellatum, eumque locum fuisse in æde Saturni, quo etiam Senatusconsulta deferebantur: testes passim Livius aliique scriptores. Ipsam quoque pecuniam publicam ærarium dictam τὸ μετωνυμίαν. Cic. 3. *Tusc. Et quidem C. Gracchus, cum largitiones maximas fecisset, & effudisset ærarium, verbis tamen defendebat ærarium.* Idem *Attic. Ariobarzanes nullum ærarium, nullum vectigal habebat.* Illud quoque constat, post occupatam rempubl. ærarium adhuc diu dictum fuisse pecuniam publicam sive imperij, & à fisco separatum: fiscum enim dixerunt pecuniam Imperat. propriam ac privatam: cujusmodi erant bona damnatorum, caduca, vacantia aliaque ἀδέσποτα, quæ principi deferebantur. Plinius in *Panegyr. Traiano dict. At fortasse non eadem severitate fiscum, quàd ærarium, cohibes: Imò tanto majore, quanto plus tibi licere de tuo, quàm de publico credis:* & paulò pòst; *Quæ præcipua tua gloria est, sapiùs vincitur fiscus: cujus mala causa est nunquam, nisi sub bono Principe.* Ulpianus in *l. 2. §. 4 ne quid in loc. publ. Res,* inquit, *fiscales quasi propriæ & privatæ Principis sunt.* Hinc ratio fisci idem, quod ratio Principis & ratio privata, *l. pen. C. de edend. l. 2. C. de priv. fisc.* Procedente tempore distinctio illa ærarij & fisci evanuit, ac utraque voce promiscuè usi sunt unaque tantum sub Græcis principibus distinctio usurpata, fisci & bonorum principis patrimonialium, quod hic locus apertè ostendit, &, unde desumptus est, *l. ult. C. de quadr. præscr.* Id autem inter res fiscales & patrimoniales intererat, quod etsi utræque principis erant; illæ essent principis, qua talis, & ideò publicæ; eæ propriæ Zenonis, Justiniani, & ideò privatæ: unde & comites rerum privatarum dicti, quibus harum rerum cura demandata, *tit. C. de off. com. rer. priv.* qui antèa procuratores patrimonij appellabantur, *l. cùm servus 39. §. ult. de legat. 1.* Planè vocabulo ærarij aliquando latiùs usi sunt, ut eo etiam significarent res principis privatas: veluti cùm in *l. un. C. de quæst. & magistr. office. lib. 12.* comitiva utriusque ærarij dicitur, id est, sacri sive fiscalis, & privati. Qui fiscali præerat, in specie comes sacrarum largitionum & thesaurorum appellari videtur *l. 3. C. ubi senat. vel clariss. l. 2. C. ut dign. ord. serv. lib. 11.*

Nostra autem divina constitutio] Intelligit *l. ult. C. de quadr. præscr.* qua constitutione quod Zeno de fisco statuerat; producit ad substantiam principis privatam, ut scilicet etiam rerum patrimonialium emptor statim securus sit, & dominus quadriennij præscriptione excludatur: affertque hanc constitutionis suæ rationem, quod cùm omnia principis esse intelligantur, sive res sint fiscales, sive privatæ Cæsaris, nulla, quod attinet ad harum rerum alienationem, differentia introducenda sit. Explodendi autem sunt, qui hinc colligunt omnia omninò, & bona etiam subditorum propria esse principis. Eadem constitutione etiam serenissimæ Augustæ idē privilegium conceditur. Hoc jus atque hæc præscriptio fiscalis veteribus incognita fuit, uti liquet ex *l. nec ullam 13. §. item si quis 9. de her. pet* Ius Canonum eam improbat. *cap. placuit 16. q. 3.* nec apud nos recepta, *Zypæ notit. jur Belg. tit. de præscript. Christin. vol. 4. decis. 82. n. ult.* ubi etiam alios allegat, qui tradunt, hunc, *§. & tit. C. de quadrien. præscript.* in usu non esse. Aliud tamen visum *Groenewv. hic tract. de legib. abrog. arg. decis. 15. cur. Holland.*

TITULUS VII.

De donationibus.

1. *Absolutam inter vivos donationem ad acquisitiones juris gentium pertinere.*

2. *Sit*

2. *Sitne donatio modus acquirendi, an titulus sine causa.*
3. *Series hujus tituli.*

VSUCAPIONEM, de qua proximè egimus, esse modum acquirendi jure civili, extra controversiam est; utrùm autem donatio quoq; eò pertineat, ambigitur. Et quidem absolutâ inter vivos donationem, quæ traditione perficitur, & potissima donationis species est, nemo, opinor, tam est excors, qui juri civili adscribendam putet. Quid enim habet illa à jure civili, quod ad formam eius aut perfectionem pertineat? Quid tam naturale est, quàm hominem homini benè facere? Ad liberalitatem natura propensi sumus, testibus *Cic. in Lal. & Sen. in lib. de benef.* Antiquitas nihil aliud existimavit esse Deum, quàm prodesse mortalibus. De quo Desiderius noster *in Chiliad.* Adhæc nihil magis rationi naturali convenit, quàm voluntatem domini rem suam in alium transferentis ratam haberi. *Demost. adverſ. Leptin.* ex causa libertatis id fiat, an ex qua alia, nihil refert, auctore ipso Iustiniano § *per traditionem* 40. *sup. de rer. div.* ubi nominatim etiam donationem refert inter causas acquisitionis juris gentium. An vel apud Sinas aut Iapones credimus nullum esse exercitium liberalitatis, nullum donationis usum? At inquis, lex Cincia supra modum donare prohibuit; & nunc donatio excedens summam 500. solidorum insinuanda est. Quid tum posteà? Lex Fusia Caninia vetuit ultra præscriptum numerum manumittere, an ideò manumissio ex jure civili est? Quarundam rerum vetita est distractio, an idcirco emptio venditio contractus juris gentium non est, sed juris civilis? Planè cùm necessitas insinuandi donationem, quæ excedit supra dictam summam, à jure civili sit, concedo tantæ quantitatis donationem, utpote quæ jam sola voluntate & traditione donantis non perficitur, posse referri inter modos acquirendi jure civili, *arg. l. 6. de just. & jur.* ut tamen non meri juris civilis habeatur, sed mixti, & maximam adhuc partem naturalis: aliæ autem omnes, quę quantitatem legitimam non excedunt, juris merè naturalis sive gentium manent. Quomodo ergo defendimus methodum Iustiniani? nimirum si dicamus, Iustiniano principaliter propositum esse tractare de donationibus impropriis, mortis causa & propter nuptias, quæ ad jus civile non ineptè referuntur, ut posteà palam fiet. Hoc autem ipsa series tractationis ostendit, cuius initium à mortis causa donatione capitur; cùm alioqui converso modo de donatione vera & absoluta primo loco agendum fuisset, uti factum est *in π' & Cod.* Occurrit hic & aliud dubium, sitne scil. donatio modus acquirendi dominij, an solummodo titulus sine causa, ut emptio, dos, permutatio. Nam ratio ordinis exigit, ut dicamus esse acquirendi modum: contra verò causam tantùm acquirendi esse probat *d. §. per traditionem de rer. div.* Verùm hoc non adeò difficile expeditu est. Etenim donationis verbum duobus modis accipitur. Uno modo propriè pro ipsa datione, quando se liberalitatis exercendæ gratia aliquid alicui tradimus, & acturum in accipientem transferimus, ut simul & causam tradendi & traditionē ipsam includat. Nam propriè donare nemo intelligitur, nisi qui & tradat. Unde donare & dare promiscuè Iurisconsultus usurpat *l. 1. hoc tit.* & donatio dicta quasi doni datio, *l. senatus* 35. §. 1. *mort. cau. don.* unde & Papinianus *l. 32. §. de don. int. vir. & ux.* donationem distinguit à stipulatione donationis causa facta. Altero modo metonymicè pro conventione de dando, cùm quis donationis causa aliquid promittit, *l. 2. l. 12. l. eum qui 22. eod.* Priore sensu accepta donatio modus est acquirendi dominij; posteriore non dominium, sed obligationem parit, rationemque contractus & tituli habet, *d. l. 22.* Plerique magno molimine magnas hic nugas agunt. Initio huius tituli proponitur donationis divisio: deinde explicantur species, non omnes quidem, sed tres tantummodo, hoc ordine. Primum agitur de donatione mortis causa; deinde de donatione simplici inter vivos; tū de donatione propter nuptias. Ad extremum subijcitur modus antiquus acquisitionis civilis ex causa lucrativa per jus accrescendi.

TEXTUS.

Est & aliud genus acquisitionis, donatio. Donationum autem duo sunt genera; mortis causa, & non mortis causa.

NOTÆ.

DONATIONIBUS] Donatio est, cùm quid nullo jure cogente conceditur, *l. 28. h. tit.*

ACQUISITIONIS] Civilis scil. ut ordo arguit. At eo tantum referendæ donationes impropriæ, mortis causa & propter nuptias, de quibus hic principaliter tractatur; non illa absoluta inter vivos. Nam res suas quibusque donare apud omnes gentes jus potestasque est, §. 40. *sup. de rer. div.* Demosth. *adv. Leptin.*

DONATIO] Donatio propriè est doni datio, *l. 1. D hoc tit. l. 35. §. 1. D. de mort. ca. don.* Estque modus acquirendi, quoniam & causam tradendi includit & ipsam traditionem. Cùm autem accipi-

tur pro conventione de dando, tituli seu causæ tantùm rationem habet, §. 40. *sup. de rer. div.*

Duo Genera] Utriusque autem generis plures sunt species, *l.1. D. h. t. l. 2. D. de mort. ca. don.*

COMMENTARIUS.

Rectior fortassis erit divisio, si dicamus, donationem aliam esse propriam, aliam impropriam, *l.1. hoc tit.* enim donatio ex eorum generum numero, quæ πρὸς ἐν dicuntur; nec pariter subiectis speciebus omnibus conveniunt. Donatio propria, quæ & vera atque absoluta, *l. senatus 35. §. 2. de mort. ca. don.* est, cùm quis solius liberalitatis gratia sic aliquid dat, ut statim velit accipientis fieri, neque ullo casu ad se reverti, *d. l. 1. & d. l. senatus, §. 2.* Impropriæ donationis variæ sunt species. Talis est donatio propter nuptias, de qua *§. 3. inf. eod.* Tales sunt donationes omnes, quæ sub modo, causa, conditione fiunt, *tit. C. de don. quæ sub modo.* & in speciem incidunt contractuum innominatorum, do ut des, do ut facias: item remuneratio. In quibus omnibus pro modo & quantitate retributionis propiùs aut longiùs à vera donatione receditur. Sic item quod honorarij nomine datur pro officio & opera præstita, & in factis, quæ locari solent, merces, diceretur, in speciem meræ donationis non cadit. Quia donari non videtur, nisi quod nullo jure eogente conceditur, *l. donari 29. hoc tit.* τὸ χωρὶς ἀνάγκης διδόμενον. *Harmenop. lib. 3. tit. 1.* & hoc est, quod DD. tradunt, donationem remuneratoriam propriè donationem non esse, *per l. hoc jure 19. §. 1. l. Aquilius 27. eod.* Talis denique est donatio mortis causa, propterea quod ex casu resolvitur, atque adeò ex pœnitudine revocari potest.

TEXTUS.

1. *Mortis causa donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem: quum quis ita donat, ut si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accipit, sin autem supervixisset is qui donavit, reciperet: vel si eum donationis pœnituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit. Hæ mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia. Nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrùm donationis an legati instar eam obtinere oporteret, & utriusque causæ quædam habebat insignia, & alij ad aliud genus eam retrahebant, à nobis constitutum est, ut per omnia ferè legatis connumerentur, & sic procedat, quemadmodum nostra constitutio eam formavit. Et in summa mortis causa donatio est, quum magis se quis velit habere, quàm eum, cui donat, magisq; eum, cui donat, quàm hæredem suum. Sic & apud Homerum Telemachus donat Piræo:*

Πειραῖ οὐ γὰρ τῶν ἴδμεν ὅπως ἔσται τάδε ἔργα.
Εἴ κεν ἐμὲ μνηστῆρες ἀγήνορες ἐν μεγάροισι
Λάθρη κτείναντες, πατρώϊα πάντα δάσονται,
Αὐτὸν ἔχοντα σε βούλομ' ἐπαυρέμεν, ἥτινα τῶνδε,
Εἰ δὲ κ' ἐγὼ τούτοισι φόνον καὶ κῆρα φυτεύσω.
Δὴ τότε μοι χαίροντι φέρειν πρὸς δώματα χαίρων.

Hos versus sic vertere licebit.

Cùm Piræe homines lateant secreta futuri,
Si me fortè proci sceleratis ad Stygia mittant
Insidijs, patriasq; velint erciscere prædas:
Hæc ego præ reliquis multò tibi cedere malim.
Sin ego eos iustis prosternam cladibus ultor,
Hæc mihi tu gaudens media inter gaudia reddat.

NOTÆ.

1. Mortis suspicionem] Vel sola etiam cogitatione mortalitatis ex sorte humana, *l. 2. & aliquot seqq. l. 35. §. 4. D. de mort. ca. don.*

Cùm quis ita donat] Hoc expresso scil. etiamsi in extremis vitæ quis constitutus sit, alioqui non tam mortis causa, quàm moriens dedisse videtur, *l. 42. in fin. eod.*

Si quid humanitus] Quo verbo mors significatur, *l. 26. pr. depos.*

Per omnia fere] Unde est, quid pœnitentia donatoris & morte donatarij extinguitur; quod minuitur Falcidia *l. 2. C. eod.* quod non indiget insinuatione, *l. ult. C. eod.* & si quæ alia, *v. l. 1. C. eod. l. 9. § ult. l. 10. & seq. D. de don. int. vir. l. un. §. 14. C. de cad. toll.* Differt à legato, quod non pendet ab aditione hæreditatis, *l. 5. §. 17. de his quæ ut indign.* quod à præsente in præsentem confertur, *l. 38. D. h. t.* in quo negotij inter vivos naturam imitatur, ut & in aliis quibusdam, *v. l. 22. l. 25. §. 1. l. 35. § ult. eod.*

Eam formavit] Ut quinque adhibeantur testes: qui numerus legitimus in omni ultima voluntate, excepto testamento, *l. ult. §. ult. C. de codicil. ll.*

Quam hæredem suum] *l. 1. d. l. 35. §. 1. D. h. t.*

Apud Homerum] *Odiss. 17.* Hic locus arguit etiam mortis causa donationem ratione facti juris gentium esse.

COM-

COMMENTARIUS.

1 *Ex verbis donatoris æstimandum, an donatio facta sit ob suspicionem mortis: & citra talem suspicionem mortis quoque causa rectè donari.*

2 *Quibus in rebus similitudo hujus donationis & conventientia cum legatis cernatur.*

3 *Quibus in rebus dissimilitudo & discrepantia.*

Quæ propter mortis sit suspicionem] Cùm quid metu mortis vel ex præsenti vel ex futuro periculo donatur; putà si donator gravi morbo laboret, si periculosam peregrinationem vel navigationem susceperturus sit, si iturus in militiam, si grassetur pestilentia, &c. *l. 2 & aliquot seqq. l. senatus*, 35. §. *mortis*, 4. *hoc tit. de mort. ca. don.* Cæterùm an propter mortis suspicionem donatio facta sit, ex verbis donatoris æstimandum est. Nec enim sufficit ad hanc donationem, à moriente aut in periculo mortis posito quid donatum esse, nisi verbis declaraverit, se ob metum propinquæ mortis donasse: alioqui non tam mortis causa, quàm moriens donasse censetur, *l. si quis mortis*, 29. *l. Seia*, 42. *in fin. eod. D. Thuld. comm. hic cap* 4. hodie tamen in dubio mortis causa factam præsumi, & in Gallia sic judicatum referunt. *Autum. conf. jur. add. l.* 42. *& Bugn. l.* 5. *de II abrog. cent.* 16. *fac. l. fulcimus* 43. *eod.* 1

Quin etiã extra suspicionẽ ullius periculi & à sano atq; in bona valetudine constituto mortis causa rectè donatur, sola cogitatione mortalitatis ex sorte humana, *d. l.* 2. *& d. l.* 35. §. 4 *eod.* Sed itidem verbis hoc declarandum, ne aliàs pura & simplex habeatur donatio. Quod si considerasset Hotomannus, abstinuisset, credo, à reprehensione Iurisconsultorum, Iuliani, Ulpiani, Pauli; neque tam temerè pronunciasset, nullam esse mortis causa donationem, cujus non mortis periculum causa sit. Si Titio centum donavero, præstanda post mortem, donatio inter vivos est: nam tempus adjectum differendæ solutionis causa ad substantiam donationis non pertinet. Unde legi Falcidiæ in ea donatione locus non erit, uti memini me ex facto consultum respondisse, *add. Fachin. 5. contr.* 22. Non solùm autem suæ mortis causa donare quis potest, sed etiam alterius, putà filij, fratris, sororis, *l.* 11. *l. mortis*, 18. *hoc tit. de mort. ca. don. l.* 3. *C. eod.*

Quum quis ita donat] Dupliciter autem quis sic donat, vel ut statim rem faciat accipientis, vel ut tunc demum, cùm mors fuerit insecuta, *d. l.* 2. *eod.* Posteriore casu ad revocandam donationem competit donatori directa in rem actio, sive pœnitentia ductus donationem infringere velit, sive periculum, quod metuebat, evaserit, *l. si mortis* 29. *eod.* Priore conditionem habet, *l. senatus*, 35. §. 3. *eod.* habet & utilem in rem adversus quosvis possessores, *l. qui mortis*, 30. *eod.* sublatoque periculo aut præmortuo eo, cui donatum est, fortassis etiam in rem directam, quasi donatio ipso jure resoluta, *d. l.* 29. *add. Gomez*, 2 *resol.* 4.

Si quid humanitus] Ἂν θρώπινόν τι. Si quid humanum, *l.* 26. *pr. de poss.* Veteres ominis causa sic loquebantur; *Si quid mihi acciderit*, ἐάν τι συμβῇ, ἐάν τι πάσχω pro, *si moriar. l* 162. §. 1. *de verb. sign.* Abstinebant à mortis vocabulo, tanquam ominoso.

Si autem supervixisset, &c.] Tribus casibus mortis causa donatio fit irrita; si donator salvus evaserit, quod hic dicitur *supervixerit*, si donationis eum pœnituerit; si donatario supervixerit, *l. mortis* 16. *d. l.* 29 *& seq. eod. l. non omnis* 19 *de reb. cred.* Si Salvus evaserit, sic accipe, licet donatarius adhuc vivat: si supervixerit donatario, sic, etsi periculum adhuc duret, cujus contemplatione donatio facta. Planè si quis sanus & valens extra suspicionem alicuius periculi, sola cogitatione mortalitatis commotus, donaverit, non puto irritam fieri donationem, si fortè donator morbum aliúdve periculum, in quod posteà incidit, evaserit: nam nihilominùs causa donandi manet, *Soar. in recept. lit. D. n.* 29. *D. Tuld. comm. hic c.* 5.

Ad exemplum legatorum redacta sunt per omnia] Ferè scilicet. Quam particulam mox etiam ipse exprimit, cùm constitutionis meminit, qua hæc exæquatio facta est. Intelligit autem *l. ult Cod. hoc tit. de mort. ca. don.* qua quidem hanc donationem ad similitudinem legatorum revocat: cæterùm non simpliciter & per omnia, sed κατά τι, & maximè ratione effectorum. In alijs verò magna adhuc dissimilitudo est; de quo habebimus, quod certò statuamus, si res hæc inductione utriusque generis exemplorum declaretur. Similitudo huius donationis & conventientia cum legatis in his cernitur. 3

1. Quod, quemadmodum in omni voluntate, quæ testamentum non fit, quinque testes desiderantur, *l. ult §. ult. Cod. de codicill.* ita & in mortis causa donatione, idque ad solemnitatem actus, *l. ult. Cod. hoc tit.* 2. Quod, sicut legata à vivo testatore revocari possunt, nec quicquam suprema voluntate relictum valet nisi post mortem relinquentis, ita & hanc donationem pro arbitrio revocare liceat, nec prius rata aut perfecta habeatur, quàm mors donatoris insecuta sit, *l. si mortis*, 29 *& l. seq. l. non videtur* 32. *hoc tit.* 3. Quod, sicut dominium rei legatæ statim à morte testatoris transit in legatarium, ita rei mortis causa donatæ nec antè traditæ statim à morte donatoris in donatarium, *l.* 2. *de publ. in rem act.* Hæc sufficiunt, ut

ut donatio mortis causa numeretur inter acquisitiones civiles. Illud autem falsum est, quod Glossa, Bart. Castr. in *l. qui mortis* 30. *hoc tit.* tradunt, & sequitur Gomez, 2. *resol.* 4. *n.* 20. dominium rei mortis causa donatæ statim, ut donatio facta est, transire, etiamsi traditio nulla secuta sit. Nam sive cum contractibus hanc donationem conferre placet, explorati juris est, ex contractu nullo citra traditionem dominium transferri; sive cùm legatis, constat, dominium rei legatæ demum post mortem testatoris in legatarium transire. 4. Quod, sicut legatario substitui potest, ita & nostro donatario, *l.* 1 *C. eod.* 5. Quod hæc donatio, perinde ut legata, lege Falcidia imminuatur, *l. Seia* 42. §. 1. *hoc tit. l.* 2. *C. eod.* 6. Quod in ea locum habet jus accrescendi inter conjunctos in eandem rem, *l. un.* §. *hæc autem* 14. *C. de cad. toll. Gomez.* 1. *resol.* 10. *n.* 7. Quod, quemadmodum conjux conjugi legare, ita & mortis causa donare potest, *l.* 9. §. *ult. & ll. seqq. de donat. int. vir. & ux.* 8. Postremò quod in hoc genere do-
3 nationis non opus est insinuatione, *l. ult. C. hoc tit.* Dissimilitudo & discrepantia elucet in his. 1. Quod mortis causa donatio sic fieri potest, ut nullo casu revocetur, *l. si alienam* 13. *de mort. ca. don.* quod secus est in legatis, *l. si quis* 22. *de legat.* 3. *l.* 4. *de adim. leg.* Quanquam fatendum est, talem mortis causa donationem naturam mutare, & effectu esse donationem inter vivos, *l. ubi ita* 27. *eod. tit.* idque eleganter ostendit D. Ioan. Deckher. *dissert.* 1. *n.* 40. *& seq.* 2. Quod donatio hæc ab aditione hæreditatis, sicut legatum, non pendet, sed sola morte confirmatur donantis, *l. non videtur* 32. *eod. fac. l.* 5. §. *qui mortis* 17. *de his quæ ut indig. Clar. lib.* 4. §. *donatio. q.* 5. *n.* 2. 3. Quod donatio in singulos annos una est, legatum tale multiplex; itaque illa ad hæredes pertinet; at primi anni legatum duntaxat purum est, reliquorum conditionale, quod ad hæredem legatarij ante diem non transit, *l. senatus* 35. §. *ult. hoc tit. l.* 4. *de ann. legat.* 4. Quod in mortis causa donationibus, an quis capere possit, non donationis, sed mortis tempus inspicitur, *l. in mortis* 22. *hoc tit* cum in legatis etiam tempus facti testamenti spectetur. §. *in extraneis* 4. *inf. de her. qual.* 5. Quod donatio sit inter duos, legatum autem præter voluntatem unius testatoris nihil desiderat: unde legatum etiam in absentem & ignorantem conferri potest: donatio autem à præsente in præsentem conferenda: *l. inter mortis.* 38. *hoc tit.* aut utique in absentem per nuntium aut literas, ut sciat, & donationem accipiat, *l.* 10. *eod. Mantic de conject ult. vol. lib.* 8 *tit.* 1. *n.* 36. Quod si quis absenti & ignoranti se donare quid simpliciter dixerit, defenditur donatio jure fideicommissi ex communi interpretum sententia. His de causis donatio hæc naturam contractus habere dicitur, *d. l. senatus*, 35. §. 3. unde etiam illud est, quod filiusfam. consensu patris mortis causa donare potest; quamvis testamentum facere non possit, nec permittente patre, *l. tamis*, 25 §. 1. *eod.* Vulgò DD. sic distinguunt, donationem hanc habere naturam contractus, cùm in esse producitur: effectu autem, & cùm in esse producta est, rationem ultimæ voluntatis. Cæterum hoc per omnia verum non esse, tum numerus testium, & remissio insinuationis, liquidò ostendit, tum quod hæc donatio non pendet ab aditione hæreditatis.

Cum prudentibus ambiguum fuerat] Familiare Iustiniano est, cùm quid quasi novum constituit, veterum Iurisconsultorum allegare ambiguitatem: in quo tamen sæpè fallitur, & fortasis etiam hoc ipso loco. Sane in responsis veterum nullum hujus ambiguitatis vestigium apparet. Tradunt illi, quod hic à se factum ait Iustinianus, donationes mortis causa ad exemplum legatorum esse revocatas, *l. Marcellus* 15. *illud* 37. *eod. l.* 2. *de publ. in rem act.* Mansit tamen adhuc nonnullum inter hæc discrimen, de quo inter omnes convenit, ut ex alijs locis patet: nec hoc discrimen à Iustiniano sublatum est.

Magis se quis velit habere, &c.] Ex Marciano, *l. 1. eod.* Estque hæc ratio, cur donationem mortis causa revocare liceat. In donatione inter vivos, qui donat, donatarium solum cogitat, atque illum, quàm se, habere mavult: in donatione autem mortis causa, qui donat, se primùm & principaliter cogitat, atque amore vitæ recepisse potius, quàm dedisse mavult. In summa, se potius habere vult, quàm eum, qui donat: illum deinde potius, quàm hæredem suum, *d. l. senatus* 35. §. 2. *eod.*

Sic apud Homerum] Odyss. 8. ubi Telemachum ex peregrinatione reversum, quam patris Ulysis conquirendi causa suscepperat, Piræus, qui comes illi in peregrinatione fuerat, monet, ut vasa illa aurea & argentea, quibus Telemachus à Menelao donatus erat, quæque secum Piræus asportarat, quæsitum mittat: ancillis Telemachi se traditurum. Cui Telemachus in hanc sententiam respondet; Piræe; quoniam incertum est qualis harum rerum exitus sit futurus, si me feroces proci domi ex insidijs necent, paternasque opes diripiant, malo te vasa hæc tibi habere, quàm illorum quempiam. Sin autem ego illis interitum afferam, tum verò tu lætus & gratulans mihi læto & gratulanti domum illa referres. Est & mortis causa donatio in *Alcestide* Euripidis, ubi sic Hercules: γυναῖκα τλῶ δὲ μοι σῶσαι λαβών, &c. Adi de hac donatione. *Covar. rubr. de testam. part.* 3.

TEXTUS

TEXTUS.

2. *Aliæ autem donationes sunt, quæ sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus, quæ non omnino comparantur legatis: quæ si fuerint perfectæ, temerè revocari non possunt.* Perficiuntur autem, *quum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit. Et ad exemplum venditionis nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut, etiamsi non tradantur, habeant plenissimum & perfectum robur, & traditionis necessitas incumbat donatori. Et quum retro Principum dispositiones insinuari eas actis intervenientibus volebant, si majores fuerant ducentorum solidorum, constitutio nostra eam quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare etiam sine insinuatione statuit. Sed & quasdam donationes invenit, quæ penitus insinuationem fieri minimè desiderant, sed in se plenissimam habent firmitatẽ. Alia insuper multa ad uberiorem exitum donationum invenimus, quæ omnia ex nostris constitutionibus, quas super his exposuimus, colligenda sunt. Sciendum est tamen, quod etsi plenissimæ sint donationes, si tamen ingrati existant homines, in quos beneficium collatum est, donatoribus per nostram constitutionem licentiam præstitimus certis ex causis eas revocare: ne illi, qui suas res in alios contulerint, ab his quandam patiantur injuriam, vel jacturam, secundùm enumeratos in constitutione nostra modos.*

NOTÆ.

2. Inter vivos] Hæ sunt, quæ aliàs dicuntur veræ, simplices, absolutæ, meræ, directæ, *l.* 25. *l.* 27. *h. t. l.* 35. §. 2. *de mort. ca. don. l.* 20. §. 3. *De fam. & c. l.* 20. *C. de don. ant. nupt.*

Perficiuntur autem] De primo gradu perfectionis intellige, unde obligatio & actio, non rei dominium, quod demum acquiritur præstatione promissi.

Voluntatem manifestaverit] Eamque gratiam atque acceptam habuerit donatarius, *l.* 10 *l.* 19. §. 2. *h. t.*

Nostra constitutio] *l.* 35. §. *ult. C. eod.* ubi pacto donationis causa facto verbis in præsens conceptis, veluti *dono tibi centum aureos*, eandem vim tribuit, quam habet stipulatio, ut ex eo obligatio & actio nascatur, contra regulam juris antiqui, *l.* 7. §. 4. *C. de pact.* unde tale pactum hodie legitimum, pariens condictionem ex lege *per l.* 6. *d. t.*

Insinuari actis] In acta referri, literis publicis consignari.

Ad 500. solidos] Ad 300. primum, *l.* 34. *C. eod.* novissimè ad 500. *l. pen. l. ult. C. eod.* Si definitum modum excedens insinuata non est, non in totum irrita, sed quatenus excedit. *d. l.* 34. Nov. 262. *c.* 1. §. *ult.* τὸ ὑπὲρ πλέον μὴ ἐσχυέτω. Bas. 47. *tit.* 1.

Quasdam donationes] Quorum numero, quas Princeps facit, vel quæ Principi fiunt, quæ fiunt pro redemptione captivorum, pro restitutione ædium incendio vel ruina consumptarum, &c. vid. *d. l.* 34. *l. pen. pr.* §. 1. & 2. *C. eod.*

Nostris constitutionib.] *l.* 33. *d. l.* 34. *pr.* §. 1. *pen. & ult. l. ult. C. eod.*

Ex certis causis] Insignis ingratitudinis: cujus generis causæ enumerantur quinque, *l. ult. C. d. t.* Plerique addunt & aliam, supervenientium scil. liberorum, ex *l.* 8. *C. eod.* quæ tamen constitutio tantum de donatore patrono & liberto donatario loquitur, nec à Græcis extenditur. Basil. 47. *tit.* 2. Harm. 3. *tit.* 2. Vide fusius in comment.

COMMENTARIUS.

1 *Plenius & planius exponitur, quomodo donatio inter vivos perficiatur.*

2 *Non ex quolibet pacto donationis causa facto obligationem ex constit. Iust. nasci.*

3 *Errare eos, qui putant, simplex pactum donationis vi constitutionis Iust. parere actionem in rem.*

4 *Donationes, quæ insinuationem non desiderant, recensita.*

5 *Ad uberiorem exitum donationum à Iustiniano quæ inventa.*

6 *Neque haredem donatoris revocare donationem, neque ab haredibus donatarij revocari ob ingratitudinem ejus posse.*

7 *In* l. si unquam, C. de rev. don. *constitui jus singulare, quod non producendum ad consequentias.*

AGitur hic de donatione propria. Quæ aliàs vera absoluta, & mera, *l. senatus*, 35. §. 1. *de mort. ca. don. l. Aquilius*, 27. *hoc tit.* aliàs simplex, *l. si filia*, 20. §. *si pater. fam. erc. l. cum multa*, 20. *C. de don.*

don. ant. nupt. l. pen §. 1. C. de collat. aliàs directa, *l. donatio, 25. hoc tit. C. de donat.* aliàs inter vivos, ut hic & *l. ubi ita 27. de mort. ca. don.* appellatur. Descripsimus hanc donationem initio hujus tituli.

Quæ non omnino comparantur legatis] Hotom. Wosemb. Giphan. *omnino non*, ita enim esse in veteribus libris. Ut sit sensus, Donationes inter vivos nullo modo comparantur legatis. Quomodo etiam legisse apparet paraphrastem Græcum: vertit enim μδαμῶς. Et sunt sanè hæ donationes planè dissimiles legatis, neque natura, neque proprietatibus, neque forma, neque effectu ullam cum legatis societatem habentes. Pro tuenda tamen vulgata lectione hoc affert Pacius, quod legatum & donatio hæc in eo conveniunt, quod utrumque sit causa lucrativa, & modus acquirendi peculiaris. Quod mihi futile & valde puerile esse videtur: cùm nullæ res tam sint dissimiles, quæ non in uno aliquo aut altero comparari queant.

Temerè revocari non possunt] Mortis causa donatio temerè, hoc est, pro arbitrio, facilè, & sine causa revocari potest: quippe quæ hanc in se semper conditionem habet, ut revocare liceat. Vera autem donatio natura sua irrevocabilis est: ἡ δωρεὰ δόσις ἀνεπόδοτος, ait *Aristot. 4. topic. 4.* nam quod hanc etiam aliquando revocare licet, id ex accidenti est & facto donatarij, pro beneficio insignem injuriam rependentis, non ex intentione donantis, utpote qui sic donat, ut nullo casu velit ad se reverti, *l. 1. hoc tit. l. ubi ita 27. de mort. ca. don.* Utique tamen si præsciviſſet donator ingratum fore donatarium, abstinuisse dubio procul à beneficio: & hinc ortum jus revocandi, de quo sub finem hujus §.

Perficiuntur autem, cùm donator voluntatem suam] Poterat hæc res plenius & planius proponi; & poterat æquè paucis verbis. Ait donationem inter vivos perfici, quum donator voluntatem suam declaravit: addendum fuerat, & donatarius eam voluntatem gratam ac ratam habuit. Neque enim donatio est sine acceptione, *l. absenti 10. hoc tit. l. hoc jure 19. §. 2. eod.* quippe datio acceptione confirmatur: nec potest videri datum, quod non est acceptum. Et rectè in illum locum Comici; *Dos est decem talenta Accipio.* Vetus interpres, *nisi*, inquit, *dixisset, accipio, dos non esset.* Perficitur donatio ex constitutione Iustiniani solo consensu, ut emptio & venditio: non est igitur perfecta habenda, antequam eam gratam habuerit donatarius, excepto casu comprehenso, *l. 15. C. de sacr Eccles.* favore Ecclesiæ. Denique in omni conventione consensum mutuum intervenire oportet. Sed & perfectio, de qua hic agitur, primus tantum gradus perfectionis est, unde donatario acquiritur obligatio & actio, non rei donatæ dominium. Etenim verè & plenè demum perficitur & consummatur donatio doni & promissi præstatione. Eodem modo emptio-venditio perfici dicitur, simul atque de pretio inter emptorem & venditorē convenerit, *§. 3 inf. de empt. & vend.* At constat, eam non ante pro consummata haberi, quàm res tradita & pretium solutum sit. Videtur autem Iust. hoc loco id tantum indicare voluisse, quod ipse constituit, ex nudo pacto donationis obligationem introducens, *l. si quis argentum 35. C. hoc tit.* contra regulam generalē juris antiqui, *l. jurisgentium, §. sed cum nulla 4. de pact.* Sic est; perficitur donatio aut traditione & præstatione rei donatæ, quæ vera perfectio est. Imò nō prius propriè dicitur esse donatio, quàm res, quæ donatur, detur ac tradatur. Nam ut ostendimus *ad rubr.* donatio propriè ipsam translationē rei significat: & potest etiam incipere statim à traditione, & perfici citra conventionem præcedentē. Aut conventione, qua hactenus perfici dicitur, quatenus ea donatorē adstringit necessitate traditionis, donatorioq; in eam rem comparata est in personam actio. Conventionis hujus generis una tantum olim fuit, stipulatio. Iustinian. autem eandem vim tribuit etiam pactioni nudæ, *d. l. si quis 35. §. sed si quidem, 5. C. h. t.* unde pactum donationis hodie actum est legitimum, *arg. l. 6. de pact. & ibi Cujac.* Neque tamen ex quovis 2 pacto donationis causa interposito obligationem nasci voluit Iustinianus; sed ex eo tantum, quo quis in præsentia se donare dicit, verbis in præsens, non in futurum conceptis; veluti si quis dicat, *dono tibi centum aureos.* Hæc enim verba occurrunt in *d. l. 35. si donaverit, si donationem faciat fecerit ve, ut tradat, quod donaverit.* Quod si quis donaturum se pacto promittat manebit etiamnum jus antiquum, nec ex tali nudo pacto obligabitur. Per *l præcipimus 22. in fin. C. de appel. l. sancimus, 27. de testam. add. Parlador 2. rer. quotid. 3 n 9. D. Tuld. hic c. 2.* Perspicuè autem errant Contius *lib. 1. disp. 12. Gudel. lib. 2. de jur. nov. c. 3* dum existimant, quod Iustinian constituit, donationem etiam nudo consensu perfici, hoc non tantum eo pertinere, ut donator, qui nondum tradiderit, necesse habeat tradere, sed ut eo nomine etiam donatario competat actio in rem, quasi simplici pacto dominium ei quæsitum sit. Non enim majorem vim Iustinianus tribuit, neque tribuere debuit pacto, quàm stipulationi. At si stipulatio intervenerit, veterem actionem ex stipulatu relinquit; quæ utique cùm in personam sit, arguit, dominium non esse translatum. Si omissa sit stipulatio, conditionem dat ex lege, *d. loco.* & apertius *Nov. 162. c. 2.* Atqui nulla quoque condictio, quæ non sit actio in personam, *§. appellamus, inf. de act.*

act. Denique ipse suprà §. *per traditionem* 4. *de rer. div.* nominatim in proposita specie confirmat regulam traditam *l. traditionibus* 20. *C. de pact. Traditionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferri.*

Ad exemplum venditionis] Quemadmodum emptio-venditio perficitur simul atque dere & pretio convenit, atque ex ea conventione statim emptori acquiritur actio ex empto, qua venditorem compellere potest ad rem tradendam: *inf. de empt. & vend. in pr. & § 3.* ita ex constitutione Iustiniani, simul ac donator sive scriptura, sive verbis quibusvis idoneis se quid donare declaraverit, etiamsi nulla intervenerit stipulatio, acceptante donatario, donatio perfecta & efficax habetur, daturque donatario condictio ex lege, qua conventus donator, rem tradere cogatur. Porrò an sicut emptio-venditio, ita etiam pactum donationis, sit contractus; item an ut donator, ita quoque & venditor, rem præcisè tradere teneatur, an liberetur præstatione eius, quod interest, inquirere non est huius loci. Illud constat, non easdem esse præstationes donatoris & venditoris, donatorem ad dandum, venditorem simpliciter ad tradendum teneri: donatorem in quantum facere potest, venditorem in solidum condemnari: hunc teneri nomine evictionis, illum non item, *l. 18. § ult. hoc tit.* Neque tamen ideò malè donatio & venditio inter se, ut similia, comparantur. Nam in omni similitudine inspiciendus est principalis scopus atque intentio eius, qui ea utitur; cui scopo si serviat, cætera similia sint, an dissimilia, parum refert.

Insinuari actis intervenientibus volebant, &c.] Lex civilis neminem donare aut liberalem esse vetat: cæterùm prospexit, ne cuiuslibet summæ aut quantitatis donatio statim rata esset. Et rectè: expedit enim reipubl. ne quis temerè patrimonium suum effusis largitionibus exhauriat. Hoc enim est re sua malè uti, eamque perdere. Modum donationibus primum imposuit lex Cincia, qua cautum Ulpianus *tit. 1.* scribit, ne supra certam quantitatem, quam tamen non exprimit, donare liceret, extra quam si coniunctis personis donaretur. Quod jus usque ad Constantini tempora duravisse videtur, per *l. 3. C. Theod. hoc tit.* Unde existimare licet quantitatem lege Cincia definitam fuisse ducentorum aureorum; & donationem, quæ eam quantitatem excederet, actis fuisse insinuandum, hoc est, consignandam litteris publicis; quod Constantinus etiã custodiri voluit inter necessarias coniunctasque personas, *l. 5. C. Theod. l. data* 27. *C. hoc tit.* Iustinianus autem quantitatem auxit. Primum ad trecentos, *l. sancimus* 34. *C. eod.* deinde ad quingentos solidos *l. pen. §. ult. C. eod.* atque ad hanc usque quantitatem liberam donandi facultatem unicuique permisit, etiam sine donationis insinuatione. Si verò hanc summam donatio superaret, non aliter ratam eam esse voluit, quàm si in acta publica relata esset. Neque tamen in totum irritam esse jussit donationem, quæ summam definitam excedens actis inserta non esset, sed tantummodò quatenus terminos legis excederet, *d. l. sancimus, C. hoc tit. Nov.* 162. *c.* 1. *§. ult.* Atque ita in plerisque locis etiamnum utimur. *Gomez. 2. resol. c. 4. Perez C. h. t. n. 35. Sande lib. 5. tit. 1. defin. 3.*

Usque ad quingentos solidos] Quæ summa nostra moneta efficere creditur 2500. Caroleos. Taxatur enim solidus, qui & aureus, (ut patet ex innumeris locis, & collatione sequentium, *l. 5. § prætor ait 6. de his, qui eff. vel dejec. cum §. 1. inf. de obl. quæ qua ex del.* item *l. pen. & ult. de in jus voc. cum § ult. in fin. inf. de pœn. tem. lit.* item *l. 8. in fin. & l. 9. de inoff. cum l. cum ex falsis* 47. *de man. test.*) centum sestertiis, sive quinis Carolis, aut duobus scutatis sive coronatis. *Grot. Sparsflor.* Quanquã non idem perpetuò pondus, nec constans solidi æstimatio fuit. Qua de re consulendi Budæus *de ass. l. 3. & 5. Hotom. de re numm. cap. de num. aur. Covarr. de collat. vet. numism. cap. 3.* Dictus verò est solidus, non quia ex puro & solido auro erat; sed quia nummus erat integer, & ad differentiam semissium & remissium, qui valebant dimidiam & tertiam solidi sive aurei partem.

Quæ insinuationem minimè desiderant] Harum numero sunt donationes principales, quas scilicet vel Princeps facit, vel quæ principi fiunt, *l. sancimus* 34. *Cod. hoc tit.* item donatio propter nuptias. *Nov.* 119. ubi in vulgari versione nomen sponsalitiæ largitatis sumptum pro donatione propter nuptias: nam in Græco est, ὅσα τῷ λόγῳ τῶν γάμων δωρεᾶν, &c. Posteà distinctio aliqua adhibita *Nov.* 127. §. 2. *auth. eo decursum. Cod. de don. ant. nupt.* Præterea si quid pro redemptione captivorum, pro restitutione ædium incendio aut ruina consumptarum, aut si quid fortissimis militibus donatum sit à militum magistris, quanticumque sit pretij, quod donatum est, valet donatio, etiamsi actorum auctoritate non nitatur, *l. pen. in pr. §. 1. & 2. Cod. eod.* De donationibus quæ ad pietatem respiciunt, dubitandum est, aliquóne privilegio hodie uti debeant, an jure communi cæterarum donationum censeri. Ratio dubitandi, quia cùm adhuc cæteræ donationes, quæ trecentos solidos superarent, insinuationem desiderabant, in pias causas collatæ usque ad summam quingentorum solidorum stabant etiam sine insinuatione, *dict. l. 34. §. 1.* Unde dicendum videtur, postquam constitutum est, ut quævis donatio usque ad 500. solidos etiam sine

monimentis valida sit, *d.l.pen.in fin.* privilegium, quod donationes in pias causas factæ habuerunt, proportionaliter producendum esse, atque hujus generis donationes etiam sine fide monumentorum subsistere debere minimum usque ad solidos septingentos. Communis tamen DD. in *l.illud* 19. *C.de sacrof.Eccles.& d.l.*34. *hoc tit.* sententia est, donationum ad pias causas nullum amplius esse privilegium, sed in his idem, quod in cæteris observandum, ut si 500 solidos excedant, actis eas insinuare necesse sit, propterea quod Justinianus privilegium piæ causæ expresse non auxit, imò potius sustulisse videtur *d. l.pen.* cùm sancit, ut id, quod anteà ius singulare erat piæ causæ, jus commune esset omnium donationum, quæ non simpliciter à necessitate insinuationis exemptæ sunt.

5 *Alia insuper multa ad uberiorem exitum donationum*] Huc refero, quod Iustinianus constituit, ut majoris summæ donationes, quæ actis inscriptæ non sunt, non omninò, sed tantùm quatenus legitimam summam excedunt, vitientur, *d.l.*34.*§.*1.*C.hoc.tit.* Item ut plurium donationum eidem, sed diversis temporibus factarum summæ non simul æstimentur, sed cuiusque donationis separatim & distinctè, utque idem fiat, cùm annua quantitas donatur ad tempus vitæ donantis aut donatarij, *d.l.*34.*§.pen.& ult.* Postremò quod rejici jussit verba, quæ in donationibus poni solita erant, *sesterti, nummi unius, assium quatuor,* &c. *l.ult.C.eod.* nam anteà etiam in donationibus adhibenda erat imaginaria venditio seu mancipatio, quoties scilicet res, quæ donabantur, erant mancipi; alioqui earum rerum dominium ex jure Quiritium in accipientem non transferebatur. Quam ob causam qui volebat donare, cogebatur simulare venditionem, & dicis causa unum nummum accipere. *adi Cont.*1.*disp.*16.

Si tamen ingrati] Simplex & mera donatio temerè, ut suprà dictum est, revocari non potest: non sola pœnitentia, ut donatio mortis causa; ac ne ob quamlibet quidem ingratitudinem donatarij. Cæterùm si insignis sit illius ingratitudo, & talis, quæ sceleri affinis sit aut coniuncta, etiam hujusmodi donationem revocare meritò & tanquam ab indigno auferri concessum est, *l.ult.C.de revoc.don.* Poteritque nomine vel judicis implorati officium, vel agi condictione ex *d.l.ult.*

Donatoribus licentiam præstitimus] Donatoribus 6 solis, non etiam hæredibus eorum, *l.his solis* 7 *d.l. ult.C.de rev.don.* quippè actio, quæ adversus ingratos datur ad revocandam donationem, vindictæ cujusdam & ultionis iniuriæ effectum habet, & ideò personalis est, atque actioni iniuriarum in hoc similis, quam constat hæredi eius, qui injuriam passus est, non dari, *d.l.*7.*junct.§.*1.*inf.de perp.& temp. act.* Nec in hæredes igitur ingrati danda erit, nec si ipsi ingrati, non donatarius, extiterit, *arg.dd.ll.* Quinimò nec videtur rectè posse objici ingratitudo successori eius, cui donatum est: longeque alia est ratio feudi, quod non tantùm primum investitum, verùm etiam successores ejus ad certa officia præstanda obligat.

Ex certis causis] Quæ numero quinque exprimuntur, *d.l. ult.* & nimirum hæ; si donatarius atroces injurias in donatorem effuderit; si illi impias intulerit manus; si vitæ eius insidietur; si grandem jacturæ molem substantiæ & bonis donatoris ingesserit; si conventiones donationi appositas implere nolit. Enimverò licet plures causas non enumeret Iustinianus, atque ob eas tantummodò, quas exprimit, revocationem donationis permittat: assentior tamen communi DD. sententiæ; qui negant, similes & maiores causas ob id excludi oportere; uti rectè iidem etiam admittunt causas alias exhæredationis præter eas, quæ enumerantur *Nov.*115.*cap.*3. de quo uberius *inf. de inoff. testam.* eoque jure utimur. *Grot.*3. *introd cap.*2. Additur à DD. & alia causa revocandæ donationis, si scilicet donator post factam donationem liberos suscepe-rit, *per l.si unquam* 8. *Cod.d.tit.* Tametsi enim ea lex tantùm loquatur de patrono & libertis, quorum propria & diversa prorsus in plerisque rebus ratio est, atque aliorum extraneorum; putant tamen, quorumcumque donationes eodem isto jure censendas, ut insperato succedens filiorum soboles irritam faciat donationem. Utuntur autem hoc argumento, quod donatio facta ab eo, qui liberos non habet, videatur in se continere tacitam conditionem, si liberi ipsi posteà nati non fuerint, de quibus si cogitasset, donaturus fuisse credi non debeat; cùm nemo præsumatur successiones alienas propriis anteponere, per *l. cùm avus* 102. *de cond.& dem l. cùm acutissimi* 3. *C.de fidei comm.* Ego verò, etsi hæc sententia colorem aliquem humanitatis habere videtur, ausim affirmare, eam mentem Constantini, cujus est *d.l.si unquam*, minimè fuisse. Cur enim de patrono tantùm loquutus esset? An quia ex facto inciderat, ut de donatione à patrono facta quæreretur? Atqui generalis est constitutio ad præfectum prætorio, non ad patronum aliquem aut certam facti speciem directa. Quoties autem lex de certis personis loquitur, quibus aliquid beneficij tributum vult, certum est, legem ad alias personas non pertinere, *l.si verò* 64.*§.pen.sol. matr. l. quod constitutum* 21. *de test. mil.* Est verò etiam jus illud novum, constitutum contra manifestam rationem juris communis, *l.*5. *Cod.de obl.& act.*

act. cum simil. ut interpretis non sit, ad alios casus & donatores extraneos id producere, *l. quod verò* 14. *de legib.* ideoque nec à Græcis extenditur. *Basil.* 47. *tit.* 2. *Hotman.* 3. *tit.* 2. nec aliter *l.* 3. *C. Theod. de rev. voc. donat.* quæ eadem est cum *d. l.* 8. interpretatus
7 est Anianus, qui Alarici Regis tempore floruit, multis annis ante Iustinianum. Excutiantur omnes loci juris civilis, nullus invenietur, qui de jure revocandi donationem propter liberos donatori posteà natos loquatur; ac ne apud Iustianianum quidem, qui cùm liberorum jura ubique non servaverit modò, verùm etiam auxerit, utique huius revocationis aliqua parte mentionem fecisset: certè ubi ex professo recenset causas revocandæ donationis, si hanc etiam pro causa generali haberi voluisset, omissurus non fuerat. Canones etiam contrarium distendunt *c. ult. c.* 17. *q.* 4. ubi Augustinus, laudans factum sancti Aurelij Episcopi Carthaginensis, quod reddidisset donatori ob liberos ei natos, quæ ille ecclesiæ donaverat, *In potestate*, inquit, *habebat Episcopus non reddere, sed jure fieri, non jure poli.* Perperàm autem ad præsentem casum trahitur species *d. l. cùm avus* 120. *de cond. & dom. d. l. cùm acutissimi* 30. *C. de fideic.* Nam eadem ratione revocatio rei donatæ etiam concedenda esset ei, qui cùm fortè unum filium haberet, donavit, & posteà plures suscepit: neque quod revocatur, liberis acquiritur, sed plano jure ad patrem revertitur, ut jam is iterum liberum de eo disponendi arbitriũ habeat. Quid quod amissa ex causa supervenientium liberorum revocatione donationis in quosvis etiam extraneos factæ, nemo nisi liberis carens plenè & purè donare intelligeretur? nam & ubi partis alicuius bonorum donatio facta est, constitutio locũ habet: de quo opulentius nos *lib.* 2. *sel. quæst. cap.* 32. Procul dubio igitur de jure verior est sententia plerorumque Neoticorum, *Connani lib.* 5. *comm.* 10. *Don. ad d. l. si unquam Anton. Fab* 7. *conject.* 14. *&* 15. *Bachovij in Treutl. disp. de donat.* asserentium, in solis patronis hanc revocandæ donationis speciem à Constantino introductam atque approbatam esse: quanquam contraria sententia communis est, & in praxi obtinet, ut inter alios testatur, *Tiraq. in d. l. si unqmam Mynsing.* 5. *obs.* 63. & secundùm hanc judicatum à senatu Parisiensi; *Papon. lib.* 11. *syntagm. tit.* 1 *de donat. §.* 20 *add. Christin. vol.* 1. *decis.* 340. *& vol.* 4. *decis.* 192. *cum alleg. Grot. lib.* 3. *introd. cap.* 2.

TEXTUS.

3. *Est & aliud genus inter vivos donationis, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, posteà autem à junioribus divis Principibus introductum est, quod ante nuptias vocabatur, & tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset, cùm matrimonium esset insecutum. Ideoq; ante nuptias vocabatur, quod ante matrimonium efficiebatur: & nunquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem divus Iustinus pater noster, cùm augeri dotes & post nuptias fuerat permissum, si quid tale eveniret, & ante nuptias augeri donationem, & constante matrimonio sua constitutione permisit: sed tamen nomen inconveniens remanebat, cùm ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos pleniss imo fini tradere sanctiones cupientes, & consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus, ut tales donationes non augeantur tantùm, sed etiam constante matrimonio initium accipiant: & non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur: & doribus in hoc exæquentur, ut quemadmodum dotes constante matrimonio non solùm augentur, sed etiam fiunt, ita & istæ donationes, quæ propter nuptias introductæ sunt, non solùm antecedant matrimonium, sed eo etiam contracto augeantur & constituantur.*

NOTÆ.

3. ALIUD GENUS] Sed donationis impropriæ. Donatio propter nuptias est veluti contraria dos mariti: hostimentum, ἀντίσηκωμα dotis uxoriæ: unde & ἀντιφέρνη, *leg. ult. C. de don. ant. nupt.*

ET CONSTANTE MATRIM.] Dum ne propter nuptias donatio excedat quantitatem dotis, ne fraus fiat juri publico, quo donatio inter conjuges prohibetur, *l.* 1. *& tot. tit. D. de don. int. vir. & ux. & C. eod.* Extat Iustini constitutio *in l. pen. C. de don. ant. nupt.*

NOMEN INCONVENIENS] Quia poterat constante matrimonio, augeri & constitui potest.

CONSTITUIMUS] *leg. ult. C. eod.* alia extat Nov. 97. ubi etiam præcipit, ut donatio propter nuptias doti omninò respondeat, tum in quantitate, tum in pactis.

COMMENTARIVS.

1. *Donationes, quæ inter sponsum & sponsam fiunt, sensim ita formatas, ut veræ donationes & juris gentium esse desierint.*
2. *Quid primum circa has donationes à Constantino constitutum.*
3. *Quid procedente tempore ab aliis, & n. 5.*
4. *Rei propter nuptias donatæ dominium re vera in uxorem non transire.*
6. *Constitutionem Iust. de æqualitate dotis & donat. propt. nupt. publica consuetudine repudiatam.*
7. *In Belgio propriè neque donationum propter nuptias, neque dotis usum esse.*

DOs & donatio propter nuptias genera sunt impropriæ donationis inter vivos. Dotem ab antiquis inter donationes numeratam, testis est ipse Iustinianus, *l. ult. C. don. ant. nupt.* ut mirum sit, nihil de ea hoc loco tradi. Est autem dos donatio nomine uxoris in maritum collata ad onera matrimonij sustinenda, *l. pro oneribus 20. C. de jur. dot.* Donatio propter nuptias vice versa est, quæ à parte mariti in uxorem, vel sponsi in sponsam confertur in securitatem doris, & quasi remunerandæ dotis causa: unde quæ ita donantur à Græcis ἀντιφέρνα dicta sunt, hoc est, quæ vice mutua pro dote dãtur, *d. l. ult. in pr.* est igitur donatio propter nuptias veluti contraria dos mariti, hostimentum, ἀντιπροῖκα doris uxoriæ: ἔδνον *in Basilic.* Hujus donationis origo & incrementum hic ostenditur.

1 *Quod veteribus prudentibus penitus erat incognitum.* Veteribus incognitæ non fuere donationes ante nuptias, hoc est, quæ inter sponsum & sponsam liberalitatis & amoris gratia fieri solent, & juris gentium sunt: sed talis species donationis ante nuptias, qualis tempore Iustiniani frequentabatur, veteribus incognita fuit: utpote quæ demum post translationem imperij in Orientem excogitata est, sensimque ita formata, ut vera donatio & juris gentium esse desierit, factaque sit species donationis impropriæ, & quæ omninò sit juris civilis. Sciendum enim est, prioribus temporibus donationes sponsalitias, hoc est, quæ à sponso in sponsam conferebantur, vel contrà à sponsa in sponsum (nam & hoc aliquandò fiebat, *leg. 1. §. 1. D. hoc tit. l. 12. l. 16. C. de don. ant. nupt.*) habitas fuisse, non tanquam nuptiarum causa, sed perinde ac si purè atque absolutè factæ fuissent, eandemque earum fuisse vim, quam habent donationes cæteræ, quæ ex mera liberalitate fiunt, nullo scilicet ut casu ad donatorem reverterentur, *d. l. 1. §. 1. l. 8. cum aliquot seqq. C. de tit.* Itaque ne eo quidem casu revocare huiusmodi donationem licebat, quo nuptiæ secutæ non essent, *d. l. 1. §. 1. l. 2. & l. 12. C. d. tit.* nisi ea lege nominatim facta esset donatio, aut id actum evidenter appareret, ut nuptiis non secutis res donatæ redderentur. Posteà ex constitutione Constantini hoc jure uti cœperunt; ut donatio omnis inter sponsum & sponsam facta intelligeretur tacitam in se habere conditionem futurarum nuptiarum: *l. cùm veterum 15. C. eod. tit.* Et optima sanè ratione: nam donatio sponsi in sponsam meritò præsumitur proficisci à singulari affectione, qua sponsam, ut futuram uxorem, complectitur sine spe nuptiarum haud facilè donaturus. Non est autem hac Constantini constitutione effectum, ut donatio interim in suspenso sit, donec nuptiæ secutæ fuerint: ita enim futurum esset, ut in eum casum incideret, à quo non posset incipere, nimirum in donationem inter virum & uxorem, *l. 4. C. eod.* quæ jure civili semper prohibita fuit: sed ut non secutis nuptiis resolvatur, uti anteà fiebat, cùm id expressè cautum fuerat, *d. l. 1. §. 1. hoc tit.* Cæterùm non in omnem eventum, quo nuptiæ secutæ non fuerant, repetitionem donati Constantinus concessit: sed ita distinxit, ut si per eum eámve, qui quæve donationem accepit: steterit, quò minus nuptiæ sequerentur, donatori aut donatrici condictio daretur ob causam dati causa non secuta: sin verò per donantem factum esset, non solùm donati esset retentio, verùm etiam exactio, *d. l. 15.* Quod si mors alterutrius spem nuptiarum sustulisset, tum siquidem sponsa donasset, omnimodò & integri, quod donatũ erat, repetitio foret, sive osculum intervenisset, sive non: at si sponsus; tum non aliter ipsi aut hæredibus eius jus esset repetendi totius, quod donatum esset, quàm si osculum non interceßisset, interveniente verò osculo, partem tantùm dimidiam repetere liceret, *l. si à sponso 16. C. eod.* quasi osculi jure augeatur jus sponsalium, & qui osculum accepit, quasi maritus sit, aut certè plus, quàm sponsus: non enim satis est *maritum osculo putari*; ut ait Fabius *declam. 279.* Porrò nuptiis secutis nulla donati repetitio, sed res pleno jure atq; irrevocabiliter eius, cui donata erat, facta intelligebatur. Succeßit tandem donatio ante nuptias, de qua hic agitur, & quam Justinianus propter nuptias vocari voluit. Hæc fit à solo sponso, & vi atque effectu multum à præcedentibus differt. Nam primum doti, cuius remuneratio quædam censetur, in hoc similis est, quod quemadmodum uxor soluto matrimonio dotem recipit; *l. 2. sol. matr.* ita & vir donationẽ propter nuptias, *c. ult. n. de don. int. vir. & ux.* Deinde ne re-

2 verà ex hac donatione dominium rei donatæ transit in uxorem: sed alia jura consequitur; veluti jus

specialis

specialis hypothecæ: nam res donatæ propter nuptias pro securitate dotis mulieri speciatim obligatæ esse intelliguntur, *l. ubi adhuc 29. C. de iur. dot. Nov. 61. c. 1.* & hic præcipuus hujus donationis finis est, ut dos mulieri sit cautior: unde rectè D. Wes. notat, res propter nuptias donatas potius hypothecæ subjici videri, quàm verè alienari. Item hoc, ut viro temerè divortium faciente donatio hæc aut tota aut pro parte lucro uxoris cedat: in quo doti quoque respondet: nam mulier sine iusta causa divortens & ipsa amissione dotis plectitur, *l. consensu, §. hac mihi C. de repud.* Novissimè etiam hoc constitutum, ut quibus casibus maritus ex pacto dotem vel partem ejus lucratur, iisdem & uxor lucretur donationem propter nuptias partemve ejus, *d. Nov. 61. c. 1. Nov. 91. c. 2. Nov. 97. c. 1.* Doctores vulgò etiam dominium rerum propter nuptias donatarum uxori acquiri affirmant, quos sequuntur Schneid. *hic n. 5. & Gudelin. 1. de jur. novissi. 8. arg. d. l. 29. C. de jur. dot. d. Nov. 97. c. 1. & d. Nov. 61. cap. 1. vers. non enim.* Sed si mulier harum rerum domina efficitur, prorsus absurdè facit Iustinianus, quod jus pignoris mulieri in his constituit: item quod nominatim marito interdicit harum rerum alienationem & oppignerationem, *Nov. 61.* nam nec pignus quisquam habere potest in re propria, nec rem alienam alienare aut pignori obligare. Ratio quoque non patitur, ut hic idem de donatione propter nuptias, quo de dote, statuamus: neq; enim necesse est, ut quemadmodum res in dotem datæ marito traduntur, ita & possessio rei propter nuptias donatæ transferatur in uxorem. Quod vel ex eo liquet, quod fructus ex re donata constante matrimonio percepti non uxori, sed mariro acquirantur, ut rectè tradunt, *Schneid. n. 4. Gomez in l. Tauri, 50. & 3. seq. n. 11. Duar. tit. sol. matr. C. de don. propt. nupt.* & est *arg. in d. l. 29. C. de jur. dot.* Nam si hos fructus mulierem sequi volumus, futurum est, ut maritus, qui solus onera matrimonij sustinet, careat omni commodo dotis, maximè postquam placuit, ut donatio propter nuptias doti & in quantitate & in pactis respondeat, *Nov. 97.* Planè Iustinianus non putavit reprehendendos judices, qui pro his rebus donatis mulieri aliquando accommodaverant actionem in rem post solutum matrimonium, *Nov. 61. §. 1.* sed locus ipse ostendit eos hoc non feciſſe ex ratione juris, neque directam in rem dedisse, sed utilem, quæ aliquando etiam non dominis ex æquitate conceditur. Ita fermè & *D. Bachov. hic.*

A iunioribus divis Principibus] Tempore Constantini hoc genus donationis ante nuptias adhuc incognitum erat; quippe qui hoc tantum introduxit, ut donatio ante nuptias; quæ antea pura habebatur donatio, tacitam haberet conditionem, si nuptiæ sequerentur, *l. 15. C. de don. ant. nupt.* Secutis autem nuptijs adhuc plenissimo jure, quod donatum erat, manebat conjugis, qui accepisset: nec à sponso solum, verùm etiam à sponsa Constantiniana ante nuptias donatio fiebat, *l. 16. C. eod.* Postea placuit, ut ad Donatorem soluto matrim. revertatur, *l. ult. C. eod.* At donatio, de qua hic agitur, à solo sponso fit, nec ita unquam, ut sponsæ aut uxori pleno ac perpetuo jure res donata acquiratur: alioqui non rectè Iustinus permisisset, ut constante matrimonio augeretur; quoniam tali augmento incidisset in donationem inter virum & uxorem. Intelligit igitur haud dubiè Imperator principes Constantino juniores, qui pro vetere ante nuptias donatione penitus novam hanc substituerunt, quæ à solo sponso vel viro fit propter dotem, & in dotis securitatem; & quæ non solùm nuptijs non secutis nullius momenti est, sed nuptijs etiam secutis & postea distractis resolvitur, re donata ad virum redeunte, vel potius apud eum remanente: quia, ut modò probavimus, mulier per hanc donationem nec propriè nec verè domina constituitur. A quibus autem introducta aut quo tempore primum recepta sit, incertum est. Illud patet, sub Theodosio juniore & Valentiniano III. jam receptam fuisse, *l. consensus, 8. §. hac nisi 4. de repud.*

Primus divus Iustinus pater noster] Initio donationes ante nuptias post contractum matrimonium nec inchoari nec augeri poterant. Primus Iustinus, quem hic patrem suum Iustinianus appellat, ut & *inf. §. pen. quib. non est perm. fac. test.* quoniam ab illo avunculo suo adoptatus fuit, permisit, ut aucta postmodum dote tunc etiam augeri posset præcedens ante nuptias donatio, *l. si constante, 19. C. de don. ant nupt.* Iustinianus autem etiam inchoari hujusmodi donationes post nuptias permisit, *l. ult. C. eod.* Cæterum hæc ita, ut si post contractas nuptias fierent vel augerentur, dotis quantitatem minimè excederent, ne fraus fieret Senatusconsulto, quo inter virum & uxorem donatio prohibetur.

Sed etiam constante matrimonio initium accipiant] Hoc à Iustiniano constitutum, *d. l. ult. in pr. vers. simplices.* Adhuc donatio ante nuptias arbitraria erat: quamvis dos data esset: poteratque aut nulla constitui, aut dote minor, majorve etiam, si ante nuptias fieret: nec ulla requirebatur aut in partibus lucri, aut in quantitate, quæ utrinque conferebatur, æqualitas. Tantum pacta, quæ inter virum & uxorem fierent, de lucranda dote aut rebus propter nuptias donatis ad partium æqualitatem redigi cœperant. Sic enim à Leone constitutum erat, ut quantam partem stipulata

fuerat

fuerat mulier sibi lucro cedere ex ante nuptias donatione post mortem mariti, tantam maritus ex dote sibi stipularetur ab uxore, *l. ex morte. 9. C. de pact. conv. tam. sup. dot.* Cui Iustinian. addiderat, si pacta lucrorum paria non esse contingeret, ut major lucri pars ad minorem reduceretur, *l. 10. d. tit.*
6 *d. l. ult. vers. simplices*, quæ confirmantur adhuc. *Nov.* 22. Tandem Iustinian. *Nov. 97.* unde sumpta *auth. æqualitas, C. de pact. conv. tam. sup. dot.* statuit, ut non partium solum æqualitas esset, verum etiam quantitatum, atque omnimodo & in pactis stipulationibusque, & in ipsa etiam præstatione aut promissione, tam dotis quàm donationis ante nuptias æqualitas servaretur; utque dote vel donatione propter nuptias aucta vel deminuta, ad parem quantitatem altera vel augeretur, vel minueretur; ex quo amplius liberum non fuit donare vel non donare, aut minus dote donare. Cæterum hanc constitutionem cum sua exæquatione & donandi necessitate iam pridem repudiavit publica consuetudo, ut notant. *Accurs. d. auth. æqualitas, Bald. Salic. in summa, d. l. ex morte Schneid. hic n. 4. Gail. 1. obs. 36. n. 10.* Quin etiam *Cujac. 5. obs. 4.* refert donationes propter nuptias penitus ex usu sublatas esse. Sanè in Belgio propriè neque donationum propter nuptias, neque dotium usus est; quanquam bona,
7 quæ mulier in matrimonium confert dotem adhuc appellamus. Doarium autem sive dotalitium, quod moribus receptum, mera donatio est, quam mortuo marito uxor præcipit & lucratur: & ideo constante matrimonio neque constitui neque augeri potest, sed pactis antenuptialibus duntaxat. Consulantur super hac re. *D. Neostad. de pact. ante nupt. Ioan. à Sande lib. 2. t. 4. ferè per tot. Grot. lib. 1. manuduct. ad Bat. jurisp. c. 5. & lib. 2. c. 11. cum 2. seqq. Pet. Greg. syntagm. 11. c. 4. Gudelin. lib. 1. de jur. noviss. c. 8* de jure mariti in bonis uxoris & societate conjugali idem *d. lib. 1. c. 7.* de jure superstitis conjugis & lucris nuptialibus idem *d. lib. 1. c. 11. l. add. D. Lamb. Goris adverss. jur tract. 1. ferè per tot.* Quibusdam in locis certæ partis bonorum mariti ususfructus pro doario uxori assignatur legibus municipalibus, vid. *Christin. vol. decis. 73. 237. 273. & illic citat.*

Sed propter nuptias vocentur] Justin. donationem ante nuptias appellari voluit donationem propter nuptias: quoniam & augeri eam & fieri etiam post nuptias permissum sit, *l. ult. C. de don. ant. nupt.* quod non est magni momenti: & vetus nomen Rubrica Codicis retinuit. Rectius appellaretur donatio propter dotem, quod respondet vocabulo, quo Græci utuntur, quibus dicitur ἀντίφερνα. Cæteroquin & dos propter nuptias donatio est, *d. l. ult.*

TEXTUS.

4. *Erat olim & alius modus civilis acquisitionis jus accrescendi, quod est tale. Si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuerit, vel vindicta vel testamento, eo casu pars ejus amittebatur, & socio accrescebat. Sed cum pessimum fuerat, exemplo, & libertate servum defraudari, & ex eo humanioribus quidem dominis damnum inferri, severioribus autem dominis lucrum accedere, hoc quasi invidia plenum pio remedio per nostram constitutionem mederi necessarium duximus. Et invenimus viam, per quam manumissor, & socius ejus, & qui libertatem accepit, nostro beneficio fruantur, libertate cum effectu procedente (cujus favore antiquos legum latores multa etiam contra communes regulas statuisse manifestum est) & eo, qui eam libertatem imposuit, suæ libertatis stabilitate gaudenti, & socio indemni conservato, pretiumq; servi secundum partem dominij, quod nos definimus, accipiente.*

NOTÆ.

4. SOCIO ACCRESCEBAT] Casus, quo jus accrescendi locum habebat extra causam ultimæ voluntatis.

COMMENTARIVS.

Alius modus civilis acquisitionis] Vel hinc apparet, superiores acquirendi modos inter acquisitiones civiles à Iustiniano numerari. Subjicit autem hic pro conclusione alium civilis acquisitionis modum, sed antiquarum, & quem ipse jam antea abrogaverat, quo scilicet pars unius domini communem servum manumittentis socio quærebatur jure accrescendi. Quod jus donationi valdè affine erat; quoniam & ipsa causa erat merè lucrativa: & quia dominium istius partis citra traditionem transibat ad socium, omnino hic modus pertinebat ad jus civile: estque casus quidam, quo jus accrescendi locum habebat extra causam ultimarum voluntatum.

Vindicta vel testamento] Meminit duntaxat manumissi vindicta aut testamento: quia alio modo, puta per epistolam, aut inter amicos, manumissus

numissus huc non pertinebat. Sic enim jus erat, ut quibus modis servum proprium manumittens civem Romanum faciebat, iisdem modis communem manumittentis partem suam amitteret, eaque accresceret socio: quibus autem modis proprium manumittens Latinum faciebat, ut iis modis communem manumittens nihil ageret, id est, neque Latinum faceret: neque partem suam amitteret, *Vlp. tit. 1. de libert. §. communem. 13. Paul. 4. sent. 12. in pr.*

Eo casu pars amittebatur] Nam cùm ea à domino manumissore abiret, nec tamen aut libertas communi servo ab uno è dominis in præjudicium socij sui dare posset, aut quisquam pro parte servus, pro parte liber esse, quoniam status hominis individuus est: necessariò eveniebat, ut pars manumissoris, quippe quæ nullius esse non poterat, accresceret accederetque socio: non absimili ratione, qua placet usumfructum in jure cessum extraneo extingui & redire ad proprietatem: quod explicatum, *§. pen. sup. de usufr.*

Per nostram constitutionem mederi] *l. 1. C. de comm. serv. man.* ubi quod in solis militibus antea obtinebat, jus commune facit, sancitque generaliter, ut servus communis ab uno ex dominis manumissis liber omnino fiat, si manumissor alteri domino pretium suæ partis persolvere paratus sit. Neque inter modos manumittendi hic distinguendum, cùm quævis manumissio nunc civem Romanum faciat; *§. 3. sup. de libert.* & generaliter loquitur, *Imp. d. l. 1. §. 1.*

Contra communes regulas] Iure communi nemo rem suam vendere aliòve modo alienare cogitur, *l. invitum 11. C. de contr. empt. l. nec emere, 16. C. de jur. del.* Ab hoc jure in casu proposito recedendum putavit Iustinianus propter favorem libertatis: neque hoc, ut novum, carpendum esse; cùm etiam veteres juris conditores multa pro libertate contra rationem juris constituisse notum sit, *l. generaliter, 24. §. si quis 10. de fideic. libert.* Plures casus, quibus quis rem suam vendere cogitur, notavimus ad *§. ult. sup. de his qui sui vel al. jur.*

Quod nos definivimus] Ne de pretio partis domini non manumissoris contentio esset, Iustinianus servorum pretia pro ætate atque artificio cujusque, quod exercet, certa definivit; crescuntque à decem solidis usque ad septuaginta, *d. l. 1. §. ne autem, 5. C. de comm. serv. man. l. ult. C. de cond. insert.* quod tamen nonnulli non satis prudenter factum existimant, definitionemque pretij in singulis causis arbitrio magistratus potius permittendam fuisse. Hujus §. nullum esse hodie usum intelligi potest ex iis, quæ diximus *l. 1. tit. de iur. person.*

TITULUS VIII.

Quibus alienare licet, vel non licet.

Continuatio, atque argumentum tituli.

EXplicati hactenus sunt plerique modi, quibus dominium rerum singularum nanciscimur, tum jure gentium, tum jure civili. In his præcipuus & modus maximè naturalis est, cùm dominus rem suam ita alteri tradit, ut eam velit fieri accipientis, *§. per traditionem 40. sup. de rer. div.* Cæterùm cùm hoc non semper procedat, propterea quod non omnes qui domini sunt, jus alienandi rem suam, vel etiam administrandi, habeant; deinde quia quandoque etjam contingit, ut is, qui dominus non est dominiū in accipientem transferat eo quòd alienandi potestatem à lege accepit: utrumque hoc Iustinianus exemplis sibi declarandum putavit proprio titulo: quem idcircò etiam statim superioribus subjicit. In *princ. §. ult.* profert exempla eorum, qui cùm domini sint, jus tamen alienandi non habent, *in §. 1.* exemplum contrarium.

TEXTUS.

Accidit aliquando, ut qui dominus rei sit, alienare non possit: & contra, qui dominus non sit, alienando rei potestatem habeat. Nam dotale prædium maritus invita muliere per legem Iuliam prohibetur alienare; quamvis ipsius sit, dotis causa ei datum. Quod nos legem Iuliam corrigentes in melionem statum deduximus. Cùm enim lex in solis tantummodo rebus locum habebat, quæ Italica fuerant: & alienationes inhibebat, quæ invita muliere fiebant: hypothecas autem earum rerum etiam volente ea: utrique remedium imposuimus, ut etiam in eas res, quæ in provinciali solo positæ sunt, interdicta sit alienatio, vel obligatio, ut neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat: ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum convertatur.

NOTÆ.

DOTALE PRÆDIUM] Inæstimatum scil. nam æstimato in dotem dati alienatio marito permissa, *l.*10. §.4. *De jur. dot. l.*5. *l.*10. *C. eod.* sicut & rei mobilis, *l.*3. §.2. *D. de suis & legit. l.*3. *C. de jur. dot. auth. sive à me C. ad sen. Vell.*

IPSIUS SIT] Maritus constante matrimonio est dominus rei dotalis, *l.*1. §. *l.*13. §.2. *de fund. dot. l.*7. §.3. *D. de iur. dot. l.*23. *C. eod l.*9. *C. de rei vind.* §.40. *in fin. Inst. de rer. div.* καὶ προικὸς σὺν τῷ γάμῳ ὁ ἀνὴρ κύριος. 47. Basil. *tit.*1. sed quia hoc dominium soluto matrimonio ad uxorem redit, ideo & ipsa interim domina sæpè dicitur, v. Brissonium *lib. sign. ad leg. Iul. de adult.*

ET IAM VOLENTE EA] Hoc ideo, quia facilius mulier adduci potest, ut consentiat obligationi, ubi nullum præsens periculum est, quàm alienationi: simile quid est in *l.*4. *in fin. D. ad Vell.*

REMEDIUM IMPOSUIMUS] *l. un.* §. *& cum lex* 15. *C. de rei ux. act.*

SEXUS MULIEBRIS FRAGILITAS] Ne fragilitate suæ naturæ in repentinam deducatur inopiam, *d. l. un.* §.15.

COMMENTARIUS.

1 *Prohibitionem legis Iuliæ ad res dotales mobiles non pertinere, neque ad ullas æstimatio in dotem datas.*

2 *Solum maritum verum iustumq; rei dotalis dominum esse, plenissimè probatur, remotis omnibus obiectionibus.*

3 *Alienandi verbum quàm latè pateat ex sententia legis Iuliæ.*

4 *Cur lex arctius prohibuerit fundi dotalis oppignerationem, quàm alienationem.*

5 *Quantum mores nostri dissideant à iure scripto.*

DOtale prædium maritus prohibetur alienare] Primum exemplum, quo ostenditur, eum qui dominus est, aliquando alienare non posse, propositum iudicio dianœtico syllogismi tertiæ figuræ partibus omnibus explicati. Est verò partiũ metathesis, qua sublata apparebit syllogismus integer in Felapton: *Maritus prædium dotale alienare non potest. Maritus est dominus prædij dotalis. Ergo quidam rei dominus eam alienare non potest.* Ait *prædium*: ergo rei mobilis alienatio marito prohibita non 1 est: quod etiam probant textus in *l.*3. §.2. *de suis & legit. l.*3. *C. de iur. dot. l. ult. C. de serv. pign. dat. man. auth. sive à me*, §.1. *C. ad sen. Vell.* utique tamen hoc ita, si maritus solvendo est, *l.*1. *C. d. tit. de serv. pign. &c.* nam alioqui in fraudem uxoris id facere censetur, quippe cui dos deberi incipit: ex quo constat, mariti facultates ad exactionem dotis non sufficere, etiamsi matrimonium nẽdum solutum sit, *l. si constante*, 24. *sol. matr. l. si servum*, 21. *de manumiss. l. ubi*, 29. *C. de iur. dot.* Prædium autem accipere debemus inæstimatum: nam quæ res æstimato in dotem dantur, eas omnes, sive mobiles sint, sive immobiles, liberè à marito alienari posse vel ex eo patet, quod soluto matrimonio non res ipsæ, sed pretium sive earum æstimatio in restitutionem veniat judicio venditi, *l.*10. §. *si ante* 4. *de jur. dot. l.*5. *l.*10. *C. eod.* utique si æstimatio facta sit venditionis causa: secus autem si facta sit tantum in tertrimenti, & taxationis causa: ut constet, quanti res sit: ut in *l.* 69. §.7. *de iur. dot. l.*50. *sol matrim. l.*21. *C. de iur. dot.* Errat verò procul dubio Wesembecius, contendens, maritum non alias res mobiles alienare posse, quàm quæ servando servari nequeunt, *arg. l. lex quæ.* 22. *C. de adm. tut.* longè enim plus juris maritus habet, quàm tutor: & futilis collectio est ex *l. res in dotem*, 42. *de iur. dot.* rerum, quæ pondere, numero, mensura constant, maritus liberam alienationem habet; ergo cæterarum rerum mobilium non habet: atque hoc tantum Iurisconsultus ibi docere voluit, quantitatem in dotem dari eodem jure & obligatione, qualis est in mutuo.

Per legem Iuliam] Quæ vulgò appellatur Iulia de fundo dotali, *l.*1. *l.*4. *de fund. dot.* Tulit hanc legem Augustus: est enim ea ipsa, quæ de adulteriis & de pudicitia dicitur, ut constat ex *Paul.* 2. *sent.* 21. atque ex inscriptione multorum capitum sub *d. tit. de fund. dot.* quippe lex illa inter alia hoc etiam caput de fundo dotali habuit, conceptum in hæc verba; *Fundum Italicum dotalem maritus invita uxore ne alienato; neve consentiente ea obligato, l. un.* §. *& cum lex*, 15. *C. de rei ux. act.* Adi *Brissonium lib. sing. ad leg. Iul. de adult.* ubi hujus legis capita, quæ quidem in libris nostris continentur, accuratè collegit & exposuit. Causa prohibitionis est favor dotium, quas mulieribus salvas esse etiam publicè expedire creditur, quo facilius iterum virum inveniant, *l.*2. *de iur. dot.* Ac tametsi soluto matrimonio maritus hæredésve ejus dotem restituere tenentur: præstat tamen, mulierem rem habere salvam, quàm in personam agere: per *l. plus cautionis*, 25. *de reg. iur l.*5. *de susp. tut.* Cæterum non de rebus dotalibus omnibus lex cavit, sed de prædiis duntaxat; utpote quorum alienatio mulieribus maximè damnosa esse potest propter harum rerum pretium. Sed & prohibita rerum mobilium alienatione facilè fieri posset, ut multi deciperentur, magnaque inde sequerentur incommoda.

Quamvis ipsius sit] Maritum esse rei dotalis do- 24
minum, innumeris locis & perspicuè proditum est,

+ Vide L. 75. et 78 eorum Do

est, *l.* 1. §. 1. *l. dotale* 13. §. 2. *de fund. dot. l.* 7. §. 3. *de jur. dot. l. si præsidium* 23. *C. eod. l. quotiens* 47. § *ult. de pecul. &c.* causamque dotis habilem esse ad transferendum dominium; non secus ac venditionem, permutationem, donationem, scriptum expresè est in §. *per traditionem* 40. *sup. de rer. div.* & probat *tit. π' pro dote*, nam aliàs mulier rem alienam marito ex causa dotis tradens non transferret usucapiendi facultatem, neque marito amissa possessione daretur actio in rem Publiciana *l.* 3. §. 1. *de public. in rem act.* Idem quoque arguunt effecta juris dominici propria; qualia sunt, quod maritus solus rem dotalem vindicat, *l. doce.* 9. *C. de rei vend.* quod servus dotalis hæres ab aliquo institutus jussu mariti aut adit, aut repudiat hæreditatem, *l. servus* 58. *sol. matr.* quod dotali servo libertatem dare potest, *l.* 3. *C. de iur. dot.* Quibus etiam hoc argumentum accedit, quod ne mortuo quidem marito dominium rei dotalis ad uxorem revertitur, sed unà cum universitate transit in hæredem mariti, *d. l.* 1. §. 1. *de fund. dot.* ut proinde ex ratione juris veteris nec ad repetendam dotem mulieri competeret actio in rem, sed tantùm personalis rei uxoriæ, aut ex stipulatu. Postremò si maritus dominus rei dotalis non esset, quid opus fuit lege, qua marito interdiceretur fundi dotalis alienatio. Rectè igitur Græci in *Basil. c.* 47. *tit.* 1. τῆς γυναικὸς ἐν τῷ γάμῳ ὁ ἀνὴρ κυριεύει. Non pauca tamen huic sententiæ obstare videntur, atque uxori, non marito, dominium dotis asserere. In *l quamvis* 75. *de iur. dot.* dos dicitur esse ipsius mulieris: alibi proprium mulieris patrimonium, *l.* 3. §. *ergo* 5. *de minor. l. in eum* 16. *de rel. & sumpt. fun. l.* 4. *de collat. in l.* 7. §. *si fundum* 12. *sol. matr.* De fundo dotali disserit Jurisconsultus, quasi de re aliena respectu mariti. Maritus in rebus dotalibus dolum & culpã præstat, *l. in rebus* 17. *de iur. dot.* Penes mulierem esse dicitur etiam fundi dotalis possessio, ut satisdare ea de causa non teneatur, *l. sciendum* 15. §. 3. *qui satisd. cog.* Denique generaliter à Justiniano traditum est, res dotales in dominio uxoris permanere, *l. in rebus* 30. *C. de jur. dot.* Hæc nostri non uno modo componunt. Donellus *lib.* 14. *comm.* 4. putat maritum rerum dumtaxat æstimatarum & quantitatis in dotem datæ dominum esse, corporis inæstimato dati mulierem. Vulteius *hic & l. disc. schol.* 19. uxorem esse dominam rei dotalis, maritum dominum juris in ea re constituti. Vaudus, 2. *var. qu.* 3. *& Ioan. del. Castill. de usufr. c.* 4. marito nihil fermè tribuunt, præter jus rebus dotalibus utendi fruendi. Robertus, 3. *sent.* 18. dominium dotis marito concedit, proprietatem negat. Nonnulli dominium bonitarium penes maritum fuisse contendunt, Quiritiarii penes uxorem, ut *Perezius. 2, anim.* 2. alii contra, illud penes uxorem, hoc penes maritum, ut *Hotomanus hic.* Cæterum nemo horum quicquam affert, quod mihi probari potest. Donelli distinctio apertè vitiosa est: nam cùm per se dotis constitutio sit titulus idoneus ad transferendum dominium, *d. §. per traditionem*: necesse est, ut tam rei inæstimatæ in dotem datæ dominium in maritum transeat, quàm æstimatæ: aut si aliena res est, usucapiendi conditio; quod etiam disertè traditur *l.* 3. §. *de publ. in rem act.* Hoc tantùm interest, quod dominium mariti in re dotali non æstimata minùs plenum nec perpetuum est: quippe cuius rei si immobilis est, nec alienandæ nec obligandæ jus habet, & quam ipsam soluto matrimonio restituere tenetur: nam quod dotis causa perpetua esse dicitur, *l.* 1. *de iur. dot.* id ad votum dantis referendum est, quod ea intentione detur, ut perpetuò apud maritum sit. At rei æstimatæ dominium plenissimè atque irrevocabiliter in eum transfertur, ita ut pretij tantùm debitor efficiatur, nisi fortè electionem sibi mulier reservaverit, *l.* 11. *de fund. dot. l.* 5. *C. de iur. dot.* aut inter trimẽti duntaxat causa æstimatio facta sit, ut paulò antè notatum. Idemq; est, cùm res fungibilis in dotem data est: perinde enim tunc maritus obligatur, ac si mutuum accepisset; *l. res in dotem* 42. *de iur. dot.* Quid quod admissa distinctione Donelli fatendum erit, dominium rei dotalis non aliter transferri, quàm si venditio aut mutuum contractum sit: quod qui asserit, ut ipsa simpliciter negat, contra juris auctoritatem, rem ex causa dotis transferri, aut dotem esse justum titulum transferendi dominij. Et vel unum hoc ad refellendum Donellum satis est, quod maritus dicitur dominus esse illius ipsius prædij, quod lege Iulia vetatur alienare, *l. dotale* 13. §. 2. *de fund. dot. & hoc text.* Etenim legis Iuliæ prohibitio ad fundum dotalem non æstimatum ferè solum pertinet: ad æstimatum non pertinet, nisi uno illo & altero casu, quem suprà indicavimus. Vulteij quoque distinctio tolerari non potest, & à juris ratione nimium quàm abhorret. Res ipsa in dotem data, non jus aliquod in ea re, mariti effici dicitur, *l.* 7. § *si res* 3. *de jur. dot.* prædium ipsum dotale mariti esse, dominium huius prædij marito quæri, *d. l.* 13. §. 2. *de fund. dot. & hoc loc.* Quibus textus, atq; aliis, quos suprà adduximus, refutatur etiam opinio Vaudi & del Castil. Pluribus atque ex professo distinctionem Vulteij confutat D. M. Lyclama 7. *memb.* 26. Roberti merum commentum est, atque inauditum, alium dominium rei habere, alium proprietatẽ. Perezotti sententia plus coloris habet: sed tamen & ipsam falsã esse existimo. Moveor quod distinctio illa dominij bonitarij & Quiritiarij non pendet à titulo aut causa acquirẽdi, sed à genere &

modò, quo res in accipientem transferebatur. Potuit ergo maritus & ex jure Quiritium habere, putà si mancipatio aut in jure cessio interveniſſet: potuit & in bonis tantùm, si ſimplex modò traditio facta eſſet, & res nondum uſucapta, per ea, quæ Ulpian. *tit. de libert. §. qui tantum* 11. Ac dominium quidem bonitarium ſemper penes maritum fuit, Quiritiarium plenum non ſemper, nudum nunquam; in quo perſpicuè errat Hotom. *fac. l. 7. §. si res 3. l. quamvis 75. de jur. dot. l. Lucius §. 4. ad municip.* Una huius diſſidij conciliatio eſt, eaque ſimpliciſſima, ut dicamus, ſolùm maritum eſſe rei dotalis etiam inæſtimatæ verum juſtumque dominum: cæterùm quia hoc dominium mariti perpetuum non eſt, ſed abiturum ab eo, ſoluto que matrimonio rediturum ad mulierem, (quippe cui maritus facto divortio, quod apud Romanos frequenter contingebat, dotem reſtituere cogitur) huius diſſolutionis ac futuræ reſtitutionis intuitu dotem videri non tam mariti, quàm uxoris eſſe, & adhuc patrimonium uxoris appellari, deque marito conſiderato eodem eventu Juriſconſultos nonnunquam ita loqui, tanquam de non domino & quaſi rei alienæ adminiſtratore, præſertim in *tit. ſol matr.* qua ratione etiam defendendum erit, quod Juſtinianus ait, ſola legum ſubtilitate rei dotalis dominium in maritum transferri, naturaliter autem penes uxorem manere, *d. l. 30. C. de jur. dot* Loquitur enim etiam de rebus æſtimatis; quas certò conſtat in patrimonium mariti tranſire, idque pleno etiam & perpetuo jure, *l. 5. C. eod.* Mirum verò non eſt, Juſtinianum ſic loqui, dum ſcopo ſuo ſerviens colorem aliquem quærit conſtitutioni ſuæ, qua contra rationem juris uxori pro rebus dotalibus tam æſtimatis quàm inæſtimatis, concedit actionem in rē. Quod tamen cum D. Bachovio de utili in rem accipio, & quæ ſoluto demum matrimonio uxori detur in ſubſidium, ubi maritus ſolvendo non eſt.

In rebus quæ Italica fuerant] In prædiis igitur provincialibus legi locus non fuit: ſed potuit maritus ea liberè alienare. Quod tamen abſurdum meritò videri poteſt: & maximè poſt conſtitutionem Antonini, qua provinciales omnes civitate donati ſunt *l. in orbe 17. de ſtat hom.* Nam etſi prædiorum provincialium ſummum jus & dominium Quiritiarium penes poſſeſſores non erat; proximum tamen pleno dominio jus habebant, quod in quemvis alium transferre poterant, omniaque percipiebant prædiorum emolumenta, uno excepto, quod certū vectigal prædiis impoſitum cotannis ſolvere tenebantur. Cur igitur magis in Italia, quàm in provincijs, mulieribus proſpectum, cùm idem ubique ſit, aut eſſe debeat, dotium favor. Exiſtimo, non defuiſſe alia remedia, quibus nupturæ ſibi in provinciis conſulere potuerint. Lepidum verò eſt, quod Dionyſ. Gothofred. *in notis ad Theoph.* ſcribit, fundum extra Italiam ſitum per legem Iuliam ne volente quidem uxore alienari potuiſſe.

Alienationes inhibebat] Alienatio dicitur omnis actus, per quem dominium transfertur, *l. 1 C. de fund dot.* Itaque non tantùm diſtrahi fundus dotalis prohibetur, ſed etiam donari, permutari, in ſolutum dari, legari: ac ne quidem ſimiles legaverit, ratum erit legatum propter legem Juliam, *l. dotalem 16. de teſtam. mil.* Sed & uſucapio quoque appellatione alienationis continetur, *l. alienationis 28. de verb ſign.* & ideò ad hanc quoque ſpeciem lex Iulia pertinet, *l. ſi fundum 16. de fund. dot. fac. l. ſi ab eo 12. de uſuc. l. 7. §. qui ſciens 5. pro empt.* Alienatum autem propriè non videtur, quod adhuc in dominio noſtro manet, quamvis venditum rectè dicatur, *l. alienatum 67. de verb. ſign.* ſed tamen alienatione prohibita eos quoque caſus comprehendi intelligimus, quibus jus aliquod in re à dominio ſeparatum transfertur, *l. ult. C. de reb al. non alien.* Quare nec ſervitutem prædio dotali maritus imponere poterit, nec ſervitutes prædio debitas remittere, vel amittere, non utendo. *l. 5. de fund. dot.* Cui conſequens eſt, libertatem ſervitute urbano prædio dotali debitæ ex ceſſione patientiáve mariti non competituram, ne per hoc prædij conditio deterior fiat, *l. 6. eod. tit.*

Hypothecas earum etiam volente ea] Lex Iulia alienationes prædiorum dotalium prohibuit, quæ invita muliere fiebant; oppignerationem etiam quę fiebat ea conſentiente, *l. un. §. & cùm lex 15. C. de rei ux. act.* Hoc ideò, quia facilius mulier adduci poteſt ut conſentiat obligationi, ubi nullum præſens periculum eſt, ſed ſpes, fore, ut maritus rem luat, quā alienationi, per quam rei ipſius dominium ſtatim in alium transfertur. Quod igitur facilius mulier conceſſura erat, arctius lex, imò ſolum prohibere voluit: uti paſſim videmus ea ſola legibus prohiberi, quæ facilè fieri poſſunt, cùm lex ea fieri nō vult, non quæ difficulter. Hac ratione Senatuſconſulto Velleiano mulieri pro alio ſe obliganti ſuccurſum eſt, non donanti, nimirum quia, ut inquit Juriſconſultus, facilius ſe mulier obligat, quàm alicui donat; *l. 4. §. 1. ad ſen. Vell.* Eadem ratio fuit legis Fuſiæ Caniniæ infinitam manumiſſionem in teſtamento prohibentis, non inter vivos *ſup. de leg. Fuſ. Can.*

Virique remedium impoſuimus] Juſtinianus legis Iuliæ prohibitionem primum porrexit ad prædia provincialia, *d l, un. §. & cùm lex. C. de rei ux. act.* quippe quorum nondum eadem cauſa, quæ Italicorum erat, quod effectum conſti-

tutione

tutione posteriore, *l. un. C. de usuc. transf.* Deinde alienationem eodem modo, quo oppignerationem prohibuit, ut nec illa vel consentiente muliere fieri posset, quod lex Iulia permittebat, *d. l. un. § sed cùm lex, vers. cùm autem.* Hæc autem prohibitio in quibusdam casibus cessare creditur, quos collegit Christin. *vol. 3. decis. 133. n. 20. & 28. com. seqq.*

Ne sexus muliebris fragilitas] Ratio cur legi Iuliæ hactenus derogarit, ut nec alienationem prædij dotalis, quæ cum consensu mulieris fit, valere patiatur; quia scilicet succurrendum putavit facilitati mulierum, quæ vel fragilitate sexus, vel mariti reverentia aut amore ductæ facilè rerum suarum alienationibus consensum accommodant, τι γὰρ εἰς ἀπάτην ἀπλούστερον γυναικος. *Liban. Declam 35.* Pontifices tamen hujusmodi alienationes, si jurato mulier consenserit, firmas manere præcipiunt, *c. cùm contingat ϖ' de iurejur. c. licet mulieres, eod. in 6.* Moribus harum regionum marito dominium rerum, quas uxor in matrimonium confert, non quęritur; sed nullis antenuptialibus instrumentis confectis bona omnia utriusque coniugum communia fiunt, ut alibi dictum. Cæterùm sive facta sit bonorum communio, sive ea pactionibus exclusa, licet marito pro jure potestatis, quam maximam apud nos in uxorem habet, res eius alienare aut obligare; neque in eam rem opus habet uxoris consensu, nisi ea quoque potestas nominatim pactis antenuptialibus restricta sit, aut impetrata bonorum separatio. *Neostad. de pact. antenupt. obs. 10. Grot. 1. introd. c. 5. & alij alleg à Groenevv. hic, tract. de ll. abrog.* Contrà verò mulieres nuptæ res suas obligandi aut alienandi jus non habent: ac neque ex contractu sine consensu maritorum inito obligantur, nisi quatenus ea obligatio spectat victum & cultum familiæ, exceptis palam negotiantibus, quę institorum jure utuntur, atque in negotiatione, quam exercent, se virosque suos obligandi potestatem habent. *D. Ioan. à Sande lib. 2. tit. 4. de fin. 3 & 4.* Non idcircò tamen minùs in intercessionibus beneficio Senatusconsulti utuntur, *D. Neostad obs. rer. jud. 18.*

TEXTUS.

1. *Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit, alienare potest. Sed hoc forsitan ideò videtur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temerè suarum rerum dominium amittere viderentur, nostra constitutione consultum est, & certus modus impositus est, per quem pignorum distractio possit procedere: cujus tenore utrique parti creditorum & debitorum satis abundeq; provisum est.*

NOTÆ.

1. Ex pactione] Idem est, licet pactio nulla interposita, *l. 4. D. de pign. act.* neutrum autem procedit sine prævia denuntiatione, *l. 4 C. de distr. pign. l. 10. C. de pign.* Sed etsi convenerit, ne liceat vendere, adhuc tamen distrahi potest, modò trina præcesserit denuntiatio, *d. l. 4. de pign. action.*

Qui ab initio pactus] Aut etiam ex intervallo *d. l. 4. D. de pign. act.* Itaque hic casus non magis huc pertinet, quàm cùm procurator voluntate domini rem alienat, *§. 41. sup. de rer. div.* Rectiùs huc referas tutores & curatores.

Nostra constitutione] *l. ult C. de jur. dom. imp.* ubi nova forma distrahendi pignoris prolixè præscribitur, cui jocus sit, cùm de vendendo eo nihil nominatim convenit.

COMMENTARIUS.

1. *Vnam saltem denuntiationem requiri, non tantùm cùm de pignore distrahendo non convenit, sed etiam cùm convenit, ut vendere liceat.*
2. *Quid si dies solutioni adiecta, & solutio sua die facta non fuerit?*
3. *Formam vendendi pignoris à Iustiniano præscriptam vix ullibi locorum observari.*

Hic ex adverso ostenditur, etiam eum aliquando, qui dominus non est; alienandæ rei potestatem habere, exemplo creditoris pigneratitij. Magis autem huc pertinent tutores & curatores, quibus res pupillorum suorum & adultorum alienandi potestas non à domino, sed jure tributa est, *l. bonæ fidei 109. de verb. sign.* quamvis his non quævis permissa alienatio, nec omnium rerum absque decreto. De quo vid. *l. 9. § sicut 5. l. 12. §. 1 l. tutor 22. l. Lucius 46. §. ult de adm. tut. l. non omni 16. l. lex quæ 22. C. eod. l. 1. & pass. de reb. eor. qui sub. tut.*

Ex pactione] Pertinet igitur hic locus ad alienationem pignoris conventionalis. Ait, *ex pactione.* Quid ergo si de distrahendo pignore nihil convenerit? Adhuc eo jure utimur, ut distrahere

liceat *l. 4. de pign. act.* Quin hoc ipsi naturæ pignoris inest. Atque hic casus potius ponendus fuerat, quàm cùm pignus alienatur ex conventione atque expressa voluntate debitoris, per ea, quæ statim sequuntur. Imò tantùm abest, ut pactio ad alienationem pignoris necessaria sit, ut etiamsi nominatim contrà convenerit, ne liceret pignus vendere, adhuc tamen liceat, si modò ter (per justa intervalla, quod judex arbitrabitur, *Neguſ. de pign. 1. membr. 6. part. principal. num. 4. Schneid hic num. 3.*) priùs debitori denuntiatum fuerit, ut solvat & cessaverit *d. l. 4. de pign. act.* alioqui si nunquam liceret vendere, creditori pignus esset inutile, ut adeò tale pactum sit contra naturam pignoris. Enimverò nec illo
1 casu, quo nihil de distrahendo pignore actum est, absque præcedente denuntiatione pignus vendi potest, sed una tantùm denuntiatio sufficere putatur, *argum. d. l. 4. de pign. act. l. 3. C. de jur. dom. imp. l. 4. C. de distr. pign. l. debitoribus 18. C. de adm. tut.* quamvis etiam hoc casu tres desiderare videatur Paulus *2. sent. 13.* Hoc amplius putarem cum Castrens. ad *d. l. 4. Neguſ. 1. memb. 6. part. pr. n. 1. Schneid. num. 2.* contra *Gloſſ. Salic. in l. 1. C. de distr. pign. VVesemb. hic.* etiam tunc unam saltem denuntiationem requiri, cùm expressè convenit, ut pignus vendere liceat; cùm nec antè debitor constituatur in mora, Estque in eam rem textus apertus in *d. l. 3. §. 1. Cod. de jur. dom. imp.* & jure quoque veteri sic obtinuisse liquet ex *l. debitores 10. Cod. de pignor. & d. l. 4. Cod. de distr. pignor.* Sed illud interest, quod ubi de distrahendo pignore convenit, biennium post denuntiationem non expectatur, uti fit in duabus speciebus reliquis ex constitutione Iustiniani, *d. l. 3. §. 1. C. de jur. dom. imp. Schneid. hic, num. 3.* Sed quid dicendum de iis
2 casibus, quibus mora contrahitur citra ullam interpellationem, putà si dies solutioni adjecta sit, & sua die solutio facta non fuerit? Hic enim adventu solius diei debitor in mora constituitur, secundùm communem sententiam per *l. magnam. Cod. de contr. stip.* Neguſ. *d. loc.* & Schneid *hic num. 1.* putant, hoc casu nulla opus esse denuntiatione, sufficereq; ad licentiam vendendi pignoris nudam debitoris moram. Cui sententiæ patrocinari videtur *l. 8. §. 3. de pign. act.* Sed humanius est, ut dicamus, etiam hoc casu denuntiationem præcedere debere. Non enim protinus sequitur, ad debitorem constituendum in mora nihil aliud desideratur, quàm ut dies venerit, ergo hoc etiam sufficit ad jus distrahendi pignoris. Quippe pignoris obligatio diversa est à principali: nec si ob moram debentur usuræ, & rei debitæ periculum in debitorem transfertur, ideò statim etiam nulla præcedente denuntiatione licebit vendere pignus in gravissimum præjudicium debitoris. Nec obstat, *d. l. 8. §. 3. de pign. act.* loquitur enim de jure vendendi pignoris, quod ex conventione comperit ob non solutam sua die pecuniam. Quo tamen & ipso casu non solùm humanius, sed etiam tutius facturus est creditor, si futuram venditionem denuntiet debitori, ut se fraudis suspicione liberet, nec dolo malo in ea venditione versatus quandoque dici possit, *l. 7. C. de distr. pign. l. 1. Cod si. vend. pign. agat. Bald. in l. 4 C. de distr. pign. Castr. in l. 4. de pign. act. Ant. Fab C. suo de distr. pign defin. 13. add. Ioan. à Sande rer. iud. lib. 3. tit. 12. defin. 20.* Quid quod hoc ipsum, quod DD. pro certi juris regula ponunt solo diei lapsu citra aliam interpellationem debitorem constitui in mora, non usque adeò certum est; & sunt, qui falsum existimant. *Ferret. tractat. de mora. Charond. 3. verosimil 10. Bachov. in Treutl. disput. de usur. thes. 7.* quanquam horum argumentis solidè mihi respondisse videtur. *D. Guilel. Maſius sing. opin. lib. 2. c. 4.*

Quamvis eius res non sit] Pignus in bonis debitoris manet, *l. pignus 9. Cod. de pign. act.* non enim hoc contractu pignoris agitur, ut res alienetur, sed ut obligetur creditori in securitatem crediti.

Qui pactus est, ut liceret] Hic igitur casus non magis huc pertinet, quàm si procurator, cui id dominus specialiter mandavit, rem alteri vendiderit & tradiderit. Nihil enim interest, utrùm ipse dominus rem alteri tradat dominij transferendi causa, an voluntate eius alius, *§. nihil 42. sup. de rer. div.*

Nostra constitutione consultum] Olim jus vendendi pignoris liberius fuit, quod Justinianus ita coërcuit, ut nec creditores putaverit habere, quod conquerantur, & debitoribus justum spatium esse ad expediendam solutionem. Summa constitutionis Iustinianeæ, quæ est *l. ult. C. de iur. dom. imp.* huc redit; ut si de vendendo pignore nihil convenerit (alioqui forma conventione præscripta in distractione servanda est) ius sit creditori altero demum post denuntiationem anno id vendere. Si emptor non extet, debitorem ut moneat, ut intra certum tempus pignus luat, aut non apparenti tempus, quo id facere possit, per judicem præscribat. Hoc autem frustrà tentato, ut possit creditor à Principe petere facultatem pro domino possidenti: qua tamen impetrata adhuc biennium debitori detur, ut interim debitum cum eo, quanti creditoris interest, quæsita pecunia persolvere, & pignus luere possit: eo verò tempore sine solutione transacto, creditor justus pignoris dominus efficiatur. Sed
3 hæc forma vendendi pignoris vix ullibi locorum nunc observatur, *Vid. Bart. d. l. 4. de pign. act.*

&

& d. l. ult. C. de iur. dom. imp. Schneid. hic num. 6. Baron. comm. part. 1. Christin. vol. 4. decis. 172. n. 3. & ibi citat. Antiqua ratio planior & simplicior hæc fuit, ut annua pignoris proscriptione creditor ejus dominus efficeretur, si debitor id non lueret. Moribus nostris vix convenit, ut creditor privata auctoritate pignus distrahat; sed distractio addictione fieri solet auctoritate magistratus, uti jure Rom. in ijs pignoribus, quæ in causa judicati capiuntur, *l. 2. C. si in ca. iud. pign. capt.* in quibus quid juris sit, quid item in pignore prætorio, disce ex *l. Divus, 25. §. 2. & seqq. de re iud. l. cum proponas, C. de bon. auct. iud. possess. c. quoad consultationem, π'. de sentent. & re iud. Dyn. in l. si finita 15. §. Iulianus, 16. de damnat. inf. Neguss. d. loc. num. 7 & seqq. Christin. vol. 4. decis. 165. vid. Merul. lib. 4. tit. 100 cap. 1 num. 10. Neostad decis. 90. supr. cur.* Finis venditi pignoris est, ut ex pretio inde redacto creditori satisfiat: quod ultra consecutus est, id restituere debet, tenetur que eo nomine actione pignoratitia: sicut vice versa in id, quod decst, creditori actio competit adversus debitorem vel fidejussorem ejus, *l. 6. de pign. act l. 1. §. 1. de distr. pign. l. 3. Cod. eod.* Illud postremo sciendum est, si creditor ipse pignus non possideat, sed debitor vel alius, actione hypothecaria prius rem evincendam, ac tum distrahendam esse. *VVesem. parat. de distr. pign. num. 1. & 10.*

TEXTUS.

2. *Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam, ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideoq; si mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem: quia pecuniam non facit accipientis: ideoq; vendicari nummi possunt, sicubi extant. Sed si nummi, quos mutuo minor dederit, ab eo, qui accepit, bona fide consumpti sunt, condici possunt: si mala fide, ad exhibendum de his agi potest.*

NOTÆ.

2. SINE TUTORIS AUCTORITATE] *l. 9. & passim D. de auct. tut. l. 11. de acq. rer. dom.*

IDEOQUE SI MUTUAM PECUN.] A remotione generis ad remotionem speciei. Nam & mutui datio alienatio est, *l. 2. §. 2. l. 16. l. pen. D. de reb. cred. à l. 9. princ. de auct. tut.* & in nativo suo significatu, *l. 1. Cod de fund. dot.* ita interpp. omnes. & novissimè Fabrot. & Grot. *in sparsi flor.*

BONA FIDE CONSUMPTI] Consumptio bona fide facta conciliat mutuum & conditionem parit, *l. 19. §. 1. D. de reb. cred.* Valetque hoc etiam in nummis alienis mutuo datis, *l. 11. §. ult. cum 2. l. seq. eod.*

SI MALA FIDE, AD EXHIBEND.] Nam qui dolo malo consumpsit, pro eo est, ac si non consumpsisset. Dolus enim pro possessione est, *l. 131, 150. de reg. iur.*

COMMENTARIUS.

1 *Corpora, qua mutuo dantur, alienari. De quo cum D. Salmasio sermo.*
2 *Nummi quando consumpti intelligantur.*
3 *Mutuum non confirmari consumptione nummorum facta mala fide.*
4 *Cur in casu consumptionis malæ fidei tantùm actionis ad exhibendum hic mentio fiat, emendato errore Cujacij.*

REdit ad eos, qui, cùm domini sint, alienari non possint. Meminit porrò unius pupilli: sed sunt in hoc numero plures: nam & puberes minores curatorem habentes huc pertinent, *l. 3. de rest. in int. l. lex qua 22. C. de adm. tut.* item is, cui bonis interdictum est, qui, cùm de eo obligando, aut alienando deminuendóve ejus patrimonio agitur, in eadem causa cum furioso habetur, *l. 6. de verb. obl. l. 12. in fin. de tut. dat.* tum etiam cæteri, qui ob vitium morbúmve corporis in curatione sunt, rerumque suarum administrationem non habent. de quibus in *§. 4. sup. de curat. l. 8. §. 3. d. l. 12. in pr. de tut. & cur. dat.* Filius quoque familiæ non potest alienare bona adventitia, quorum usumfructum pater habet, *l. ult. §. ipsum, 5. vers. Filius a. C. de bon. quæ lib.* Interdum causa, ex qua res traditur, alienationem impedit, ut donatio inter virum & uxorem, *π'. & C. eod. tit.*

Sine tutoris auctoritate alienare] Alienatio à pupillo facta sine tutoris auctoritate ipso jure nulla est: quippe cùm nec obligare se pupillus sine tutoris auctoritate possit, *l. 9. & passim de auct. tut. l. 11. de acq. rer. dom.* Cæterum auctore tutore & obligari potest, modò infantiam excesserit, & res suas rectè alienat. *d. l. 9. l. 5. de reg. jur. §. pupillus, inf. de inut. stip.* res intellige, quarum alienatio sine decreto non est interdicta. Nam prædia pupillorum olim rustica, postea omnia, & res etiam mobiles, quæ sine detrimento servari possunt, absque decreto magistratus alienari prohibita, *l. 1. & tot. tit. de reb. eor. qui sub tut. & tit. C. de præd. & al. reb. min. sine dec. non al. d. l. lex qua, C. de adm. tut.*

Ideoque

Ideoq; si mutuum pecuniam, &c. non contrahit obligationem] A genere ad speciem. Pupillus nullam rem sine tutoris auctoritate alienare potest: ergo nec mutuam pecuniam dando eam facit accipientis: quo fit, ut nec mutui obligatio contrahatur, nec condictio pupillo competat: siquidem mutui obligatio, nisi nummi accipientis fiant, non nascitur, *l.2.§.2. de reb.cred.* Supponit igitur Imp. id quod mutuo datur alienari, seu mutui dationem esse speciem alienationis. Quod & alibi constanter traditum est, *l.9. pr.de auct.tut.l.16.l.pen.de reb. cred.* nec minus perspicuum, quàm verum: quippe cùm omnis actus, per quem dominiũ transfertur, verè & propriè sit alienatio, *l.1. C de fund. dot.* & sine alienatione fieri non possit, ut dominium rei ab uno abeat, & per traditionem transferatur in alium. Constat autem, corpora ipsa, quæ mutuo dantur, desinere esse dantis, & fieri accipientis seu aliena, ita ut vendicari aut ab eo avocari nequeant, *l.33.§.1. de donat.* Nec vero ideo minus alienantur, quia accipiens obligatur ad rem ejusdem generis restituendam, puta frumentum pro frumento, vinum pro vino. Quid enim refert ad alienationem ejus, quod datum est, utrum mihi, verbi causa, frumentum ea lege datum sit, ut pro eo vinum aut oleum vicissim dem, uti fit in permutatione; an frumentum ita datum, ut pro eo reddam aliud frumentum, ut fit in mutuo? Est igitur mutui datio, alienatio in nativo suo significatu: & ita interpp. omnes, ac novissimè *Fabrot. ad Theoph. & Grot. in sparsa flor.* De quo cùm sermonem haberem cum summo atque incomparabili viro D. Claud. Salmasio, hactenus quidem mihi assensus est, ut fateretur, corpus rei, quæ datur in mutuo, alienari: sed negabat, ex eo effici, mutuum alienationem esse, nisi fortè materialiter. Propriè autem & formaliter mutuum non posse dici alienationem, propterea quod in eo nulla contingeret alienatio datæ quantitatis sive sortis, quæ diversum quid esset à data specie apud debitorem pereunte, & in qua propriè substantia mutui consisteret, uti rectè docuisset Car. Molin. *tractat. de usur.* Et simul interventu aliorum sermo noster interruptus est. Potest autem admitti D. Salmas. sententia, si appellatione mei & tui etiam obligationem & actionem comprehendas, ut fit interdum, *l.1. quod cert. loc. l. repetitio, 44 de cond. ind. l. 6 §. apud Labeonem, qua in fraud. cred. l 91 de verb. sign.* Propriè tamen loquendo nec ipsa sors nostra manet: nec enim quod nobis debetur, quod est in credito, propriè nostrum est, *l.27.§.2. l 34. princ. de aur. arg. mund. leg. Boet. in Top. lib. 2. pecunia in nominibus debita non est nostra, sed debitorum.* Et ita in *l.1. de lib. leg.* & ideo creditori non vendicatio sortis, sed tantùm condictio datur, qua intendat, verbi causa, centum sibi dari oportere: nemo autem rem suam condicit, aut sibi dari oportere intendit, §.14. *inf. de act. l. ult. in fin. usufr. quem cau.* Non malè igitur mutuum à Cujacio definitur alienatio pecuniæ sub lege reddendæ quantitatis ejusdem, *parat. C. si cert. pet.*

Vendicari nummi possunt, si ubi extant.] Similis locus est in *l.11 §. ult. de reb. cred.* At, inquies, de pupillo responsum est, cum nisi præsente tutore ne possessionem quidem, quæ naturalis, est, alienare posse, *d. l.11. de acquir. rer. dom.* rationi autem juris non convenire, ut possidenti detur vendicatio adversus eum, qui nec natura possidet. Resp. ut vendicationi locus sit, satis esse rem ab alio quovis modo detineri & restitui posse, *l.9. de rei vend.* adeoque pupillum, etsi animo desinere possidere non potest, corpore tamen posse, atque in alium possessionem, quatenus facti est, sine tutoris auctoritate transferre, *l. possessionem, 29. de acq. poss.*

Bona fide consumpti] Non est mirum, nullos apud auctores plures & crassiores errores reperiri, quàm apud scriptores notarum: quippe quibus tempus non est vanno aut crebro utendi. Dion. Gothofr. ad *l.9.§.2. de auct. tut.* scribit, pecuniam in proposito intelligi consumptam, cùm is, qui accepit, eam alteri credidit aut insolutum dedit: utiturque argumento *l. non omnis, 19.§.1. de reb. cred* quo tamen loco hoc ipsum apertè negatur: & rectè. Nam datio in solutum aut creditũ non facit, quo minus pecunia adhuc extet, & certò appareat. Quamdiu autem extat & certò apparet, non potest dici consumpta; & apud quemcunque, aut ubicunque extat, in eadem causa & ejusdem manet, & à domino vendicari potest, ut proximè Imp. dixit. Quando igitur consumi intelligitur; nimirum cum quis ea sic utitur, ut eo facto corpora ipsa nummorũ, quæ data sunt, non appareant. Id verò contingit, primũ corporibus sublatis; veluti si quis ex accepta pecunia vas aliquod conflaverit. Quo facto pecunia extinguitur. Neque obstat distinctio, *§. cum ex aliena. sup. de rer. div.* Nam vas ex nummis aureis vel argenteis conflatum ad rude quidem aurum vel argentum reduci potest, ad priorem speciem sive monetam non potest. Planè possunt auctoritate Principis nummi ejusdẽ potestatis & eadem figurâ inde cudi: sed nova hæc moneta & species est, non illa, quæ prius fuerat. Deinde etiam corporibus nummorũ integris manentibus; veluti si quis nummos acceptos ita aliis miscuerit, ut discerni non possint: nam etiam ea re eum, qui accepit, dominũ fieri placet, *l. si alient 78. de solut. Don. ad l. rogasti 11. §. ult. n. 9.* Ait, *bona fide.* Quod ergo in *d. l. non omnis*

omnis, §. 1. de reb. cred. & si qui sunt alii loci similes, dicitur simpliciter, si pupillus sine tutoris auctoritate credendi causa pecuniam dederit, consumpta ea nasci condictionem, id ex *hoc loco iunct. d. l. rogasti 11. §. ult. d. tit. l. 9. §. 2. de auct. tut.* sic interpretandum erit, si bona fide ab accipiente consumpta sit, ignorante scilicet, pupillum esse, qui credidit. Efficitque hoc etiam ratio juris; quia quæ dolo malo consumpta sunt, non alio loco jure habentur, quàm si adhuc extarent, nec consumpta essent, *l. qui dolo 131. l. parem. 150. de reg. jur.* ac proinde cum malæ fidei consumptio consumentem dominum non faciat, nec mutuum ea consumptione confirmabitur. *Don. d. loc. n. 7.* Quod verò D. Bachovius putat, non obstare malam fidem, quominus consumptione dominium quæratur, & tamen bona fide tantùm facta consumptione mutuum, quod ab initio non consistebat propter inutilem numerationem, convalescere, id mihi planè ἀσύζαλον videtur. Et sententia Bachovij, quod per consumptionem & similes acquirendi modos dominium acquiratur, citra considerationem bonæ aut malæ fidei, etiam extra causam accessionis, supra à me refutata est *sub, §. cum ex aliena 25. de rer. div.*

Condici possunt] Quod valet in nummis alienis mutuò datis, ut his bona fide consumptis ei, qui dedit, condictio detur tanquam ex mutuo, *l. 11. §. ult. cum 2. ll. seqq. de reb. cred.* id valet & in ea pecunia, quæ dantis fuit, si is rei suæ alienandæ, facultatem non habuit, qualis est pupillus. Quapropter si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit, consumptis nummis & illi condictio nascitur, *l. non omnis 19. §. 1. de reb. cred.* & omnino quæ translatæ ab initio pecuniæ vis est, eandem esse placet & bona fide consumptæ, quasi translatæ: unde rectè dicitur, quòd ab initio non valebat ex numeratione, confirmari pecuniæ consumptione bona fide facta. *DD. in d. l. 11. §. ult. & d. l. 19. §. 1.*

Si mala fide, ad exhibendum] Puto tamen, & conditionem in proposito dari, non quidem quasi ex mutuo, quia cõsumptio mala fide facta dominum non facit, ut paulo ante probavimus: sed conditionem sine causa, utpotè quam constat etiam adversus prædonem fructuum consumptorum nomine dari, *l. 3. C. de cond. ex leg. l. 4. C. de crim. exp. her.* Ait, *ad exhibendum.* Imò & in rem, inquit Cujacius: 2 quoniam mala fides pro possessione est. Sed inquit, in rem utilis est; ad exhibendum directa: quare commodiùs, agi ad exhibendum, quam in rem. Quod falsum est, & inconsideratè à Cujacio prolatum. Non enim magis fieri potest, ut contra eum, qui possidere desiit, detur directa ad exhibendum actio, quàm directa in rem: cùm ille nõ magis exhibendi, quàm restituendi facultatem habeat. Sed ut contra possidentem rem mobilem utraque directa est, ita contra eum, qui dolo malo desiit possidere, utraque utilis. Nam quòd dolus pro possessione est, id non ex verò, sed ex interpretatione est & fictione juris, quæ utili tantùm actioni locum facit. Cui igitur actionis ad exhibendum meminit duntaxat? Quia utili judicio ad exhibendum semper consequitur actor id totum, quod sua interest. *§. 3. inf. de off. iud.* vel permittitur rei petitæ æstimatio ipsius jurijurando, ut fit in eadem actione directa, si possessor per contumaciã rem non exhibeat: quo casu per jusiurandum in litem petitoris possessorem damnari certum est, *l. 3. § 2. ad exhib.* Cùm igitur præparatorio judicio illud ipsum consequatur actor, quod rem vendicando consecuturus esset, nihil superest, quod alia actione persequatur. Ita in simili Jurisconsl. *d. l. 11. § ult. de reb. cred. Vindicari nummi possunt, si extant, aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi.* Cuius loci lectionem frustrà Donellus conatur emendare.

TEXTUS.

3. *At ex contrario omnes res pupillo & pupillæ sine tutoris auctoritate rectè dari possunt. Ideoq; si debitor pupillo solvat, necessaria est debitori tutoris auctoritas: alioqui nõ liberabitur. Sed hoc etiam evidentissima ratione statutum est in constitutione, quam ad Cæsarienses advocatos ex suggestione Triboniani viri eminentissimi, Quæstioris sacri palatij nostri, promulgavimus: qua dispositum est, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius judicialis sententia sine omni damno celebrata hoc permittat. Quo subsecuto si & judex pronuntiaverit, & debitor solverit, sequatur hujusmodi solutionem plenissima securitas. Sin autem aliter quàm disposuimus, solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit, & adhuc eandem pecuniæ summam petat, per exceptionem doli mali poterit submoveri. Quòd si malè consumpserit, aut furto aut vi amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominùs condemnabitur: quia temerè sine tutoris auctoritate, & non secundùm*

nostram dispositionem solverit. Sed ex diverso pupilli vel pupillæ solvere sine tutoris auctoritate non possunt: quia id, quod solvunt, non fit accipientis: quum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa sit.

NOTÆ.

3. IDEOQUE SI DEBITOR] Illatio non ex proxima, sed ex superiore sententia, proposita in pr. sc. pupillum nihil sine tutore alienare posse; quod hic fieret, si liberaretur debitor. Alienaret enim & perimeret obligationem & actionem, *l.* 15. *l.* 22 *D. de solut.*

NON LIBERABITUR] *d. l.* 15. licet dominium rei solutæ transeat. Liberatur autem ipso jure, si pupillo auctoritate tutoris, aut ipsi tutori solverit, *l.* 46. §. 5. *D. de adm. tut.*

AD CÆSARIENSES ADVOCATOS] Intelligit *l.* 25. *C. de adm. tut* quæ missa est ad Joannem præfectum prætorio, cuius in auditorio militabant advocati, qui erant in urbe Cæsarea, non illa Cappadociæ, ut Cujac. & Fabrot. sed Palestinæ, *l.* 27. *C. de fideiuss.*

ITA LICERE TUTORI, &c.] Locutio implicata, quæ sic ordinanda; *ita licere*, id est, permitti, *debitorem pupillarem solvere tutori, &c. solvere*, id est, numerare quod debetur. Th. καταβαλεῖν, ποιήσασθαι τὴν καταβολήν.

JUDICIALIS SENTENTIA] Excipiuntur reditus annui cæterarum rerum pensiones, *dict. l.* 25.

SINE OMNI DAMNO] Th. δίχω πάσης δαπάνης, sine ulla impensa debitoris.

PLENISSIMA SECURITAS] Ita ut nec in integrum restitutioni sit locus; quod beneficium sola tutoris aut curatoris interveniens auctoritas non excludit, *tit. C. si tut. vel cur int.*

SALVAM HABEAT, AUT LOCUPLETIOR] *l.* 15. *l.* 47. *l.* 66. *D. de solut. l.* 4, §. 4. *de dol. exc. l.* 14. *D. de cond. ind. l.* 57. *de reg. iur.* Non debet pupillus occasionem juris ad iniquum trahere cum detrimento alieno compendium, *l. pen. in fin. de reb. eor qui sub. tut.* Quando locupletior factus intelligatur, & quo tempore id inspiciatur, disce ex *l.* 4. *D. de except. d. l.* 47. *pr. &* §. 1. *de solut.*

MALE CONSUMPSERIT] Th. ἀσώτως ἐδαπάνησε, per luxum prodegerit.

AUT VI] Deest in vet. lib. Cujac. Hotom. nec Th. habet.

NON FIT ACCIPIENTIS] Nec ipse pupillus liberatur, Cæterùm sicut nummis, quos mutuo dedit, consumptis, condictio ei nascitur; ita & consumptis quos in solutum dedit, contingit ei liberatio, *l.* 19. §. 1. *D. de reb. cred. l.* 9. §. 2. *D. de auct. tut. l.* 14. §. *ult. de solut.*

NULLIUS REI ALIENATIO] Argumentatio à genere ad speciem, quæ valida εἰς αὐασκευήν. Nota & solutionem esse speciem alienationis, *d. l.* 9. §. 2. *D. de auct. tut. l. pen. D. de reb. cred.*

COMMENTARIUS.

1. *Debitorem pupillo sine tutoris auctoritate solventem non liberari, licet dominium rei solutæ transferat.*
2. *Pupillo, in quem solutio collata, rectè solvi etiam sine tutoris auctoritate.*
3. *Quis sit sensus verborum huius §. ita licere tutori vel curatori, &c.*
4. *Adversus solutionem factam ex præscripto Iustiniani pupillum aut adultum beneficio ætatis non restitui.*
5. *Quid si nummos sine tutore aut iudice sibi solutos salvos habeat pupillus.*
6. *Cuius periculo sit pecunia, quam pupillus sine tutoris auctoritate credidit aut in solutum dedit.*

SIne tutoris auctoritate dari] Pupillus quantum ad acquirendum non indiget tutoris auctoritate, *l.* 11. *de acquir. rer. dom.* semper enim conditionem suam meliorem facere potest, *sup. de auct. tut. in princ.*

Ideoque si debitor] Hotom. & Wesemb. pro, *ideoque*, legendum censent, *quanquam.* Quia nulla hic conclusio ex præcedente propositione, sed diversæ causæ propositio, & præcedentis regulæ exceptio: nisi hoc in præcedentibus dicamus subintelligi oportere, ut scilicet quidvis pupillo rectè detur sine tutoris auctoritate, cæterùm hactenus, ut ex eo pupillus ipse neque obligari, neque obligationem alienare aut tollere possit. Alii hic illationem fieri ajunt non ex proxima, sed ex superiore sententia §. *præc. in pr.* ubi traditum, pupillum nullam rem sine tutore alienare posse: huic enim esse consequens, ut nec sine tutoris auctoritate pupillo rectè solvatur. Quippe admissa solutione debitorem liberari, pupillumque obligationem & actionem, quam habebat, alienare aut perimere, *l. pupillo* 15. *de solut.* quod ut speciosiùs dicatur, ex duobus hisce §§. unum faciunt. Sed pergamus,

Si non solverit auctoritate tutoris; non liberabitur] Licet dominium rei solutæ transferat. Nam quemadmodum qui cum pupillo contrahit, pupillo obligatur, quamvis pupillum sibi non obliget, *sup. de auct. tut. in pr. l. Iulianus* 13. §. *si quis* 29. *de act. empt.* ita qui cum pupillo obligationem vult distrahere solvendo, licet ea solutione dominium

dominium in pupillum transferat; se tamen à pupillo, qui per se neque contrahere neque distrahere obligationem potest, non liberat, *d. l. 15. de solut. l. 5. de reg. iur.* Debet itaque debitor, si liberari velit, pupillo solvere cum auctoritate tutoris, vel ipsi tutori: nam & hoc casu æquè liberatio ipso jure contingit, *l. Lucius 46. §. tutele de adm. tut.* Pupillum autem intelligimus creditorem: nam si pupillus solutionis causa tantùm adjectus sit, hoc est, 2
solutio sive jus solvendi in eum collatum, putà si quis stipulatus sit sibi aut Titio pupillo dari, promissor & sine tutoris auctoritate solvendo pupillo liberabitur, *l. si stipulatus 11. de solut.* scilicet quia ex huiusmodi stipulatione nullum jus obligationis pupillo quæritur. Et solutio sic accipiatur, quasi ipsi creditori solutum esset, qui ita sibi solvi voluit, *leg. si ita stipulatus 59. d. tit.* de quo ex professo infra §. *si quis alÿ 4. de inut. stip.*

In constitutione, quam ad Cæsarienses advocatos.] Missa est hæc constitutio ad Joannem præfectum prætorio: intelligit enim *l. sancimus 25. C. de adm. tut.* quod ipsa verba istius constitutionis, quæ huc transiata sunt, ostendunt. Promulgata tamen hic dicitur ad Cæsarienses advocatos, nimirum quia ad interrogata eorum & consultationem emissa est, ut arguunt multæ aliæ constitutiones, *l. ult. C. de pact. l. si maior, C. de legit. hæred. l. si fidejussor. 27. C. de fideiuss. l. optimam. C de cont. stip. junct. § item verborum, inf. de inut. stip.* quæ omnes ad diversas consultationes & quæstiones à Cæsariensi advocatione propositas scriptæ, & ad eundem Joannem P. P. missæ sunt, quippe cuius auditorio advocati Cæsarienses militabant. Intelligi autem advocatos, qui erant in urbe Cæsarea, non illa Cappadociæ, ut Balduinus, Cujacius & Fabrotus existimant, sed Palestinæ, perspicuum est ex *d. l. si fideiussor. C. de fide iuss.* ubi eadem advocatio; quæ passim Cæsariensis Palæstina appellatur.

Ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere] Locutio implicata, quæ sic construenda & ordinanda est: *Ita licere* (id est, *permitti jus esse*) *debitorem pupillarem solvere tutori vel curatori*, &c. *Solvere*, 5
id est, *numerare quod debetur.* Theophilus, ποιησασθαι τὴν καταβολήν. Anton. Fab. 13. *conject.* 13. & *jurisp.* 12. *pr.* 7. *illat.* 43. huic orationi alium sensum affingit, quasi ita scriptum esset; *Ita licere tutori vel curatori debitorem pupilli vel adulti absolvere & liberare* (qui scil. anteà pupillo aut adulto solvit sine tutoris aut curatoris auctoritate, vel cùm adhuc tutorem aut curatorem non haberent) *si prius judicialis sententia*, &c. Sed præterquam quod hæc locutio non facilè obvia, *solvere debitorem*, pro liberare obligatione; quanquam unus & alter locus occurrit, in quo debitor solutus pro liberato dicitur: *l. decem 116. de verb. obl. l. si ex pluribus 16. de accept.* pugnat illa Fabri expositio manifestè & cum sententia & cum verbis Justiniani, quæ ille mirè torquet, ne videantur obstare iis, quæ ex cerebro suo comminiscitur contra veram & receptam sententiam. Quæ hæc est; Quamvis ipsi tutori, ejusve auctoritate pupillo, facta sit solutio, eaque solutione debitor ipso jure liberetur, nihilominùs tamen pecunia malè consumpta, maléve collocata, patere pupillo, si tutor solvendo non sit, restitutionem in integrum, nisi sententia judicis intervenerit, *l. 1. C si adv. sol l. 2. C. si tut. vel cur. int. Vid. Gomez. 2. resol. 14. n. 4. Mantic. de test. in int. c. 176. & seq. Brisson. lib. 1. de solut. sect. 4.*

Si prius judicialis sententia] Excipiuntur reditus annui, & cæterarum rerũ pensiones, quæ minoribus tutore aut curatore auctore, aut ipsi tutori curatorive, etiam sine judice turè solvuntur, *d. l. sancimus 25. C. de adm. tut.* Siquidem & molestum esset quotannis adire judicem, & incommodum minori, diù differri solutionẽ eius rei, unde ferè ali solet. Quod tamen & ipsum sic postea Justinianus temperavit, si non excederent metas biennii aut summam centum solidorum, *l. constitutionem 27. C. de tit.*

Sine omni damno] Id est, ut Theophilus interpretatur, διὰ πάσης δαπάνης, sine ullo scilicet sumptu aut impensis in judicum, scribarum, viatorũmve mercedes. Nam iniquum esset, debitorem sumptu onerari ex persona creditoris.

Sequitur huiusmodi solutionem plenissima securitas] 4
Ita ut nec adversus solutionem decernente judice factam beneficio ætatis in integrum restitui postulans audiatur. Cui non obstat, quod placet, minorem etiam restitui contra factam ex decreto judicis venditionem, *l. 11. C. de prad. min* nam debitor ex necessitate solvere tenetur: emptor potest nõ emere. Jure veteri quoq; hoc obtinuit, ut solutio decernẽte ac statuente judicẽ facta à debitore minoris plenissimã liberationis securitatem pareret: & procedebat hoc ita, etiamsi minori curatorem non habenti decernente judice solutũ esset, *l. 7. §. 2. de min.* Cæterùm liberatio nihilominus ipso jure cõtingebat, si tutori vel curatori solutio facta esset, quantumvis sine judice: solùm hic supererat adhuc metus aliquis restitutionis in integrũ, si fortè pecunia malè collocata & tutor vel curator solvendo non essent. Post cõstitutionem autem Justiniani dicendũ videtur, solutionem sine judice factam aut ad liberationem ipso jure nõ prodesse, licet tutor vel curator intervenerit; aut si adhuc debitores ita liberari placet, minus, quàm olim, hoc casu securos esse: quippe olim prius tutores & curatores actione ordinaria cõveniendos

Ministerio de Cultura 2024

fuisse, & demum si illi solvendo non essent, patuisse minoribus remedium extraordinarium. Hodie verò esse, quod de se querantur debitores quod non solverint secundùm præscriptum constitutionis Justinianeæ.

Pecuniam autem salvam habeat] Etsi solutione sine tutore judicéve facta eandem pecuniam petere adhuc pupillus potest, aut ipso jure, aut per restitutionem in integrum: si tamen nummi salvi sint, eosque penes se domi pupillus habeat, iterum petentem eũ doli mali exceptione debitor removebit, quod iniquum contra bonam fidem lucrũ captet, *l. pupillo 25. de solut. l. bona fides 57. de reg. iur. l. pen. §. 1. de reb eor. qui sub. tut.* Eodemque modo consumptis nummis, si ex his locupletior factus iterum petat, exceptione repelletur, ne ditetur cum alieno detrimento, contra quam natura æquum est, *l. 4. §. si quis 4. de dol. mal. exc. l. in pupillo 47. de solut. l. nam hoc 14. de cond. ind.* Qua de causa ex omnibus eum negotiis eatenus teneri receptum est, quatenus patrimonium eius auctum sit: ut nihil mirum, si solutione locupletatus iterum petens exceptione summoveatur, cùm etiam ultrò adversus eum factum locupletiorem ex contractu negotióve gesto actio competat, *l. 3. §. pupillus l. 6. in pr. de neg. gest. l. 5. in pr. & §. 1. de auct. tut. l. naturaliter 13. §. 1. de cond. ind.* 5

Aut ex ea locupletior] Locupletior factus intelligitur, si ex pecunia soluta rem aliquam sibi comparavit, quam etiam nunc habet, *l. 4. de except.* aut si ea quovis modo in rem eius versa sit, *l. si pupilli 66. de solut.* Hoc amplius &, si rem sibi necessariam ex nummis solutis pupillus emit, quam alioqui de suo empturus fuerat, licet ea ante litem contestatam perierit, quasi locupletior factus intelligitur; quia tantundem de suo perditurus erat, etiamsi nummos solutos non accepisset, *l. in pupillo 47. §. 1. de solut.* Utrum autem pupillus locupletior factus sit, necne, in huiusmodi quæstionibus eo tempore spectatur, quo agitur, seu tempore litis contestatæ, *d. l. in pupillo, §. 1. l. 4. de except. l. litis 56. de neg. gest.*

Quod si malo consumpserit] Si pupillus, cui sine tutore aut judice solutum est, pecuniam salvam non habeat; néve ex ea locupletior factus sit, sed malè, profusè, ἀσώτως eam consumpserit, non juvabit debitorem doli mali exceptio, sed iterum eandem summam solvere cogitur. Planè si pupillus partem adhuc salvam habeat, aut pars in rem eius versa sit, hactenus proderit debitori doli mali exceptio, ne ultra condemnetur, quàm pupillo abest. Ex his autem quæ disputata sunt, intelligimus, quid sibi velit Accursius: qui in *l. 7. §. 2. de minoribus*, scribit, debitorem pupillarem solvendo triplicem posse consequi liberationem aut securitatem plenam, pleniorem, & pleniſſimam. Plenam, si pupillo sine tutoris aut judicis auctoritate solverit, & pecunia pupillo iterum petenti salva sit, inve rem eius versa. Ut *hic & supra dd. ll.* in quo effectum rei spectavit: nam vi ipsa debitor esse desinit, qui exceptionem perpetuam sibi quæsivit, *l. 10. l. creditor. 55. l. debitor. 108. de reg. iur.* Pleniorem, si solverit tutori, ejúsve auctoritate pupillo, non interveniente judicis sententia: quo casu quidem liberatio ipso jure procedat, ita tamen, ut relinquatur adhuc metus aliquis restitutionis in integrum, *l. 1. Cod. si adver. sol.* Pleniſſimam, si solutio facta sit auctoritate & decreto judicis; quod cùm factum est, etiam restitutionis metus omnis tollatur. Quæ eadem Bartoli in *dict. l. 7. §. 1.* cæterorumque interpretum distincto est, ab Antonio Fabro multis quidem verbis, sed nulla probabili ratione improbata, *lib. 17. conj. 13.*

Ex diverso pupilli solvere sine tutoris auctoritate non possunt] Quemadmodum pupillus mutuum dando non contrahit obligationem: quia pecuniam non facit accipientis: ita eadem ratione nec solvendo creditori suo, quod debet, liberatur. Cæterùm quemadmodum consumptis nummis, quos mutuò dedit, condictio ei nascitur: ita & consumptis, quos dedit in solutum, contingit ei liberatio, *l. non omnis 19. §. 1. de reb. cred. l. 9. § 2. de auct. tut. l. 14. §. ult. de solut.* Quid ergo, si nummi, quos pupillus sine auctoritate tutoris credidit aut in solutum dedit, casu apud eum, qui accepit, perierint? utrius periculum & iactura erit? Donellus in *d. l. 19. §. 1.* Azonem secutus, pupilli periculum esse putat: quoniam ita jus sit, ut res pereat suo domino, *l. 6. l. 9. Cod. de prgn. act.* Sed rectè cum *Gloss. & DD. comm. Zas. ibid. num. 8.* contrarium defendit; ne, quod favore pupilli introductum est, ut ne credendo aut solvendo dominium transferat, in perniciem eius versatur, contra *l. quod favore, Cod. de legibus*, & quod dicitur, casus fortuitos spectare dominum, hanc exceptionem habere intelligi debet, nisi quis proprer favorem dominus remaneat, aut jure singulari dominium non transferat. Hoc enim non debet conditionem accipientis meliorem facere: sed quoad cætera perinde habendum, ac si quis alius credidisset aut solvisset. 6

TITU-

TITULUS IX.

Per quas personas cuique acquiritur.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

HIc titulus totius superioris disputationis quandam quasi ampliationem continet. ostendens, nō solum nobis acquiri ἀμέσως per nosmetipsos, verùm etiam per alios ἐμμεσως. Personæ, per quas acquirendi facultatem habemus, enumerantur in principio: ex qua enumeratione perspicuum est, eos, per quos nobis acquiratur, oportere nobis subiectos esse; vel revera, ut sunt liberi nostri, quos in potestate habemus; item servi, tum nostri, tum aliquatenus etiam alieni, in quibus usumfructum habemus: vel justa nostra opinione, ut sunt servi alieni & liberi homines, quos bona fide possidemus. De quibus singulis cùm explicatum est, removetur hinc persona extranea, utpotè per quam excepta causa possessionis nihil acquiri possit, ac postremo ab acquisitione rerum singularum transitur ad modos, quibus acquirimus res universas.

TEXTUS.

Acquiritur vobis non solùm per vosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habetis: item per servos, in quibus usumfructum habetis: item per homines liberos, & per servos alienos, quos bona fide possidetis: de quibus singulis diligentiùs dispiciamus.

NOTÆ.

QUOS BON. FID. POSSIDETIS] Ergo non tantum per eos, qui revera nobis subiecti sunt, acquirimus, sed etiam qui justâ opinione nostra.

COMMENTARIUS.

ACquiritur vobis] In aliis libris hæc & quæ porro sequuntur, leguntur in prima persona, *acquiritur nobis*, &c. uti apud Gajum, *l.* 10. *de acq. rer. dom.* unde hic titulus per magnam partem descriptus est: eoque modo etiam Theophil. hunc locum reddidit, & legendum censent *Cuiac. Bato. VVesemb.* Mihi, utro modo legas, parum referre videtur.

In potestate] Non dixit, *in dominio*, sed generaliter, *in potestate*, ut uno verbo & filiosfam. & servos comprehenderet. Nam potestatis verbo in persona liberorum patria potestas, in persona servi dominium significatur, *l. potestatis* 215. *de verb. sign.*

TEXTUS.

1. *Igitur liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem quicquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus peculijs) hoc parentibus suis acquirebant sine ulla distinctione: & hoc ita parentum fiebat, ut etiam esset ijs licentia, quod per unum vel unam eorum acquisitum esset, alij filio, vel extraneo donare, vel vendere, vel quocumque modo voluerant, applicare. Quòd nobis inhumanum visum est: & generali constitutione emissa, & liberis pepercimus, & parentibus honorem debitum reservavimus. Sancitum etenim à nobis est, ut si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundùm antiquam observationem totum parenti acquiratur. Quæ enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? Quòd autem ex alia causa sibi filiusfamilias acquisivit, hujus usumfructum patri quidem acquirat, dominium autem apud eum remaneat: ne, quod ei suis laboribus vel prospera fortuna accesserit, hoc in alium perveniens, luctuosum ei procedat.*

NOTÆ.

1. OLIM QUIDEM] Hoc ad tempora Julij aut Augusti & sequentia referendum, quia excipit peculia castrensia. Florente enim repub. liberi parentibus omnia sine exceptione jure potestatis acquirebant, quasi servi; ut ὑποχείριοι καὶ δοῦλοι τῶν πατέρων. Dion. Halic. *lib.* 8.

CASTRENSIBUS PECULIIS] Quæ primum filiisfam. militibus concessa; postea etiam veteranis seu militia missis, *pr. inf. quib. non est perm. fac. test.* Juven. *sat.* 16. Postremò ad exemplum castrensis etiam quasi castrense peculium exceptum, quasi militum contemplatione literatæ militiæ, *§. ult. inf. de mil. test.*

SINE ULLA DISTINCTIONE] Id est, peculium omne paganum pleno jure patri acquirebatur. Non distinguebant inter profectitium & adven-

adventitium, neque inter usumfructum & proprietatem.

GENERALI CONSTITUTIONE] *l. 6. C. de bon. quæ lib.* qua quod circa bona materna & materni generis, item lucra nuptialia jam ante à diversis principibus statutum erat, *l.1. & 2. C. de bon. mat. l.1.2.6. & 7. C.* Theod. *l. 1. l. 4. C. de bon. quæ lib.* ne ἀσύμφολος abiret, produxit ad bona omnia adventitia.

HONOREM DEBITUM] Th. τὸ ἐποφειλόμενον ἐφύλαξεν, *debitum reservavit.* & vox *honorem* abundare videtur. Cujac. quoniam hic non agitur de honoris debito, sed acquisiti. Deest quoque in emendatissimis editionibus, teste Fabrot.

EX RE PATRIS] Ex substantia patris *d. l. 6.* eodem tamen jure habendum & quod filio obvenit occasione & contemplatione patris, arg. *l. 21. & seq. D. de usufruct. l. 10. §. 6. in fin. de vulg. & pup. subst.*

USUMFRUCTUM PATRI] Quidam etiam casus sunt, quibus peculii adventitii plena proprietas filio acquiritur, *l. ult. §. 1. C. de bon. quæ lib.* auth. *excipitur* cum 2. *seqq. C. eod. Peculium adventitium,* ξένον, ἐπέλυτον. Gloss. lat. gr. quod aliundè, quàm à patre obvenit, & quasi συχνῶς.

COMMENTARIUS.

1. *Post occupatam demum remp. filijsfam. primùm militibus; deinde etiam veteranis peculium castrense pleno jure concessum: procedente tempore & quasi castrense.*
2. *Quid sit peculium filijsfam. quot eius species, & quid singula.*
3. *Translato in Thraciam imperio primùm bonorum maternorum, mox etiam materni generis, & lucrorum nuptialium, novissimè omnium adventitiorum proprietatem filijsfam. concessam, solo usufructu apud patrem relicto.*
4. *Quid moribus nostris & Gallorum.*

EXceptis *castrensibus peculijs*] Florente republ. peculium filiifam. uniusmodi fuit. Nam ut servus domino, ita filius patri cuncta pleno iure acquirebat: idemq; planè jus & in corpus & in bona liberorum pater habebat, quod dominus in servos: cuius rei inter alios testis locuples est Dionys. Halicarnassensis *lib. 8.* Romani, inquit, proprium nihil possident, quamdiu patres eorum in vita manent: sed & pecuniæ & corpora filiorum parentum potestati arbitrioq; permissa sunt: omniaq; parentibus acquirunt quasi servi, ut ὑπήκοοι καὶ δοῦλοι τῶν πατέρων. Verùm Imperatores, ut præmio aliquo adolescentes ad militiæ labores invitarent, eorumque sibi conciliarent studia, castrense peculium filiisfam. pleno jure concesserunt, primùm militibus, posteà etiam veteranis seu à militia dimissis, *inf. quib. non est perm. fac. test. in pr.* Ex quo filiifam. in hoc peculio jus ac vicem patrumfam. obtinere cœperunt, *l. 2. de senat. Mac.* idq; significat Juvenalis *satyr. 16.* his versibus:

Nam quæ sunt parta labore
Militiæ placuit non esse in corpore census,
Omne tenet cuius regimen pater

Igitur quod ait, *olim quidem*, & c. excipiens peculia castrensia, id ad tempora Julij aut Augusti & sequentia referendum est, *l. 1. de testam. mil. d. pr. inf. quib. non est perm. fac. test.* Postremò; nec multò post, ad exemplũ castrensis peculij etiam quasi castrense peculium exceptum & filiisfam. permissum est, *§. ult inf. de mil. test.* Planè hactenus adhuc diu jus vetus patri conservatum fuit, ut si filius intestatus decessisset, bona castrensia pater jure peculii occuparet, *l. 2. de castr. pec.* de quo plura alibi.

Sine distinctione] Profectitii scil. vel adventitij peculii, proprietatis & ususfructus, inter quæ primus Justinianus est, qui differentiam generali lege introduxit. Ex his porrò patet, quicquid filiusfam. habet, sive concessione patris, sive partum suo labore aut aliena liberalitate collatum, id uno nomine peculium filiifam. appellari; atque hoc docendi gratia ex ratione novi juris in duo genera posse dividi, ut dicamus peculium filiifam. esse vel militare, vel paganum; & utriusque iterum duas esse species inferiores, illius castrense & quasi castrense; huius profectitium & adventitium. Castrense est, quod per occasionem armatæ militiæ filius sibi acquisivit: quo quid contineatur, docent *l. castrense 11. de castr. pec. l. 1. C. eod.* Quasi castrense est, quod in toga operam reipub. navans paravit, puta ex professione liberalium artium, ex officiorum publicorum emolumentis, ex patrociniis causarum, & urbana illa inermique militia, *l. ult. C. de inoff. testam. l. 4. l. advocati C. de adv. div. jud.* Liberalitatem quoque à Principe in filiumfam. collatam instar castrensis peculii haberi placuit, *l. 7. C. de bon. quæ lib. in pot.* Utrumque hoc genus ita proprium filiifam. esse placuit, ut de eo statuere possit non secus ac si paterfam. esset *d. pr. inf. quib. non est perm. fac. test. l. 1. §. nec castrense 15. de collat. l. 2. de sen. Mac. Add.* quæ notavimus sub *§. ult. inf. de mil. test.* Profectitium peculium est, quod à patre sive contemplatione patris ab aliis ad filium proficiscitur. Adventitium, quod aliundè filio obvenit, sive id laboribus suis acquisivit extra causam armatæ aut togatæ militiæ, sive prospera fortuna ei accessit, puta ex maternis materníve generis hæreditatibus, lucris nuptialibus, legatis, & hæreditatibus amicorum, *l. 6. C. de bon. quæ lib. & hoc*

text.

text. in fin. Illud totum patri secundùm antiquam observationem adhuc acquiritur; huius in universum proprietas filio data est constitutione Justiniani, solo usufructu patri relicto: de quo mox fusius.

Alij filio vel extraneo donare] Consequens hoc omninò rationi antiqui juris. Nam cum utriusque huius peculij pleno jure pater dominus esset, licere utriq; etiã ei debuit pro arbitrio de utroq; statuere, & quod labore Titi filii acquisitum esset, Mævio donare, vel in proprias rationes convertere. Hinc porrò etiam est, quod patre mortuo peculium paganum omne, nisi legatum esset, fratribus conferendum erat. *l. certum* 13. *C. fam. erc. filia* 12. *C. de collat.* quod in adventitio mutavit Justinianus, *l. ult. C. de tit.* convenienter priori suæ constitutioni, *l. cum oportet* 6. *C. de bon. quæ lib. in potest.*

Generali constitutione emissa] Cùm olim bona omnia adventitia non minus, quàm profectitia, pleno jure patris essent. Constantinus detraxit bona materna, quorum usumfructum tantùm patri, filio proprietatem tribuit, *l. 1. C. de bon. matern. l. 1. & l. 2. C. Theod. eod.* Gratianus, Valentinianus, & Theodosius idem statuerunt de bonis materni generis, id est, ex materna cognatione delatis, *l. 6. C. Theod. eod.* eosque secuti Arcadius & Honorius, *l. 2. C. d. tit. l. 7. C. Theod. eod.* Theodosius porrò & Valentinianus, Leo & Anthemius hoc etiam ad lucra nuptialia & sponsalitia produxerunt, *l. 1. l. 4. C. de bon. quæ lib.* Postremò Justinianus generali constitutione emissa, quacunque ex causa filio quid acquisitum esset, quòd adventitio peculio attribueretur, id omne eiusdem juris esse voluit, *d. l. cum oportet C. eod. tit.*

Si quid ex re patris, hoc secundùm antiquam observationem] In profectitio peculio nihil Justinianus mutavit: sed quicquid ex re patris filio obvenit, id totum vult patri acquiri, secundum observationem juris antiqui. Planè potest nihilominus aliquid commodi ex concessione huius peculii ad liberos redire: nam & emancipatos sequitur, nisi nominatim ademptum sit, *l. donationes* 31. *§. 2. de donat.* & bonis patris publicatis separatur & conservatur liberis, *l. 3 §. sed utrum* 4. *in fin. de minor.* Ait, *ex re patris in d. l. cum oportet, ex substantia patris.* Quid igitur dicemus, si quid filio obvenerit, non quidem ex re aut substantia patris, sed patris occasione & contemplatione? DD. *hinc & in d. l. cum oportet*, id quoque peculii profectitii esse volunt, *arg. l. si serv.* 21. *cum l. seq. de usuf.*, ubi quod servo fructuario relinquitur aut donatur contemplatione fructuarii, id fructuario acquiri dicitur, tanquam ex re eius quæsitum, *facit l. sed si plures* 10. *§ in arrogato* 6. *in fin. de vulg. & pup. substit.*

Usumfructum patri acquirat; dominium apud eum remaneat] Dominium posui pro nuda proprietate, uti & in *d. l. cum oportet.* Hæc autem proprietatis concessio non tribuit filio jus eam sine patris consensu alienandi, *l. ult. §. ipsum autem* 5. *C. eod.* Si ususfructus filio relictus sit, hic totus acquiretur patri; at eo mortuo redibit ad filium, *l. ult. C. de usufr.* Nonnunquam & plena proprietas filio acquiritur: quod Justinianus primò introduxit in hæreditate, quàm filius renuente patre adiisset, *d. l. ult. §* 1. postea etiam in pluribus casibus; in rebus ea lege filio datis, ne ususfructus ad patrem perveniret: in hæreditate fratris & sororis, ad quam unà cum filio pater admittitur; item in iis rebus, quæ filio deferuntur ob delictum patris, qui divortium fecit sine causa, *auth. excipitur & 2. seqq. C. de bon. quæ lib.* Moribus nostris & Gallorum adventitia omnia, sicut castrensia & quasi, filii sibi, non patri & in solidum acquirunt: in profectitiis tantum antiquum jus acquirendi per filium patri relictum est, *Gudelin. de jur. noviss. lib. 1. c. 14. Chassan. in consuetud. Burgund. § 1. tit. Des enfans de plusieurs lits ad verf. & fait les fruits. Pet. Gregor syntagm. 11. c. 8 n. 21.* Enimverò quod provenit ex quæstu aut opera liberorum, quos parentes enutriunt, id pleno jure parentibus acquiritur, *Grot. 1. manuduct. cap. 6. add. Groenewv. de leg. abrog. hic.*

TEXTUS.

2. *Hoc quoque à nobis dispositum est & in ea specie, ubi parens emancipandos liberos suos ex rebus, quæ acquisitionem effugiebant, sibi tertiam partem retinere (si voluerat) licentiam ex anterioribus constitutionibus habebat, quasi pro pretio quodammodo emancipationis: & inhumanum quiddam accidebat, ut filius rerum suarum ex hac emancipatione dominio pro tertia parte defraudaretur: & quod honoris ei ex emancipatione additum erat, quod sui juris effectus esset, hoc per rerum deminutionem decrescere. Ideoq; statuimus, ut parens pro tertia parte dominij, quam retinere poterat, dimidiam non dominij rerum, sed ususfructus retineat. Ita etenim res intactæ apud filium remanebunt, & pater ampliore summa fruetur, pro tertia dimidia potiturus.*

Notæ.

NOTÆ.

2. LIBEROS suos] Th. τ παιδα. Cujac. Hotom. Fabrot. *liberum suum*, numero singulari, ut *inf. de serv. cogn. in pr. & l.* 33. *C. de inoff. testam.* Aurel. Victor. *Nerva Traianum in liberi locum adoptavit.* Veteres tamen semper *liberi* in numero multitudinis dixerunt Gell. *lib.* 2. *c.* 13. Gajus. *l.* 148. *de verb. sign.* Gloss. gr. lat. τέκνα *liberi, pluraliter tantum declinatur.*

ANTERIORIB. CONSTITUTIONIB.] Intelligit, *l.* 1. *&* 2. *C. Th. de matern. bon.* quæ Constantini sunt, *l.* 6. *§.* 3. *C. de bon. quæ lib.*

PRO PRETIO EMANCIPATIONIS] Quasi remunerationis gratia, *d. l.* 1. *&* 2. *d. l.* 6. *§.* 3. pro præmio delatæ emancipationis, *l.* 3. *C. de bon. matern.* nam emancipatio beneficium est quærendorum bonorum, *l.* 1. *si à par. quis man.*

QUOD HONORIS] Honorificum est filio suæ potestatis & caput familiæ evadere.

COMMENTARIUS.

1. *Cur, cum peculium profectitium, si pater id non ademerit, sequatur filium emancipatum, dimidia ususfructus adventitiorum, etiam expressè non reservata patrem.*

EMancipando liberos suos] Cujac. Hotom. Wesemb. *liberum suum*, numero singulari: quomodo etiam loquitur Justinianus, *l. si quis* 33. *C. de inoff. test. & inf. de serv. cogn. in pr.* legitur, *liberum vel liberos.* Veteres autem semper in numero multitudinis ea voce usi sunt, & unum etiam filium filiamve liberos appellarunt, teste Gell. *lib.* 2. *c.* 13. quod & Gaius confirmat, *l. non est* 148. *de verb. sign.* ubi scribit, non esse sine liberis, cui vel unus filius filiave est. Hæc enim, inquit, enunciatio, *habet liberos, non habet liberos*, semper plurativo numero profertur; sicut & pugillares & codicilli. Glossæ Græc. Lat. τέκνα, *liberi, pluraliter tantum declinatur.* Quòd autem Valla *lib.* 3. *elegant.* 8. scribit, liberum pro filio se & apud Paulum & apud Gaium reperire, existimo esse ἁμάρτυρα μνημονικὸν, eumque Paulum & Gajum dixisse pro Modestino & Ulpiano. Nam apud Modestinum *l. ius agnationis* 54. *de pact.* legit. *nolle suum liberum esse*, ut vulgatæ editiones habent: sed Florentina nos docuit, legendum, *nolle suum esse.* Apud Ulpianum, *l. nemo* 126. *§.* 1. *de regul. jur. qui liberũ acquisierit.* Sed & hic in Florentino Codice est, *qui liberum acquisierit*, quomodo procul dubio legendum. Meminit Valla etiam Quintiliani, sed nec locum, nec verba citat.

Ex rebus, quæ acquisitionem effugiebant] Id est, ex iis bonis adventitijs, quorum proprietas filio non patri acquirebatur, ex Græcorum Impp. constitutionibus; quo in numero erant bona materna & materni generis, item nuptialia & sponsalitia lucra, ut notatum, *§. prec.* Cave igitur intelligas peculia castrensia aut quasi: nam eorum nihil apud patrem emancipatorem relictum fuisse ipse Justinianus apertè testatur, *d. l. cum oportet §. cum autem* 3. *C. de bon. quæ lib.* unde hic §. descriptus.

Quasi pro pretio emancipationis] Constantinus *l.* 1. *& l.* 1. *C. Theod. de bon. matern.* censuit; æquum esse, ut filius patrem emancipatorem remuneraretur, offerretque patri tertiam partem bonorum maternorum, quorum proprietatem liberis in potestate manentibus concesserat, aut ut jus esset patri tantam horum bonorum partem sibi retinere: idque pro honore & beneficio emancipationis in filium collato: quippe quo filius consequitur, & ut sui juris ac caput ipse familiæ esse incipiat; quod ei honorificum est; & ut pleno jure deinceps omnia possideat, sibique acquirat; quod lucrosum. Et hoc est, quod Justinianus hic significat his verbis, *quasi pro pretio emancipationis*: quod in constitutione sua sic expressit, *quasi remunerationis gratia. d. l. cum oportet §.* 3. Præmium delatæ emancipationis appellant Theod. & Valent. *l.* 3. *C. de bon. matern.*

Pro tertia parte dominij, dimidiam usumfructus] Justiniano duriusculum visum fuit, liberos specie honoris tam gravem jacturam rerum suarum pati, ut tertiam earum partem parens manumissor auferret, sibique pleno jure haberet. Neque tamen æquum putavit, nihil omninò remunerationis in vicem accepti beneficii liberos rependere. Qua de causa ipse sic statuit, ut patet pro tertia parte, quam ex prioribus constitutionibus de bonis filij maternis & lucris nuptialibus pleno & perpetuo jure dominii retinebat, partem dimidiam non dominii, sed ususfructus consequeretur; idque locum haberet in cæteris quoque adventitiis, postquam huius generis bona omnia eiusdem juris esse voluit. Ita factum, ut nec liberi quicquam de dominio rerum suarum amitterent, nec causam conquerendi haberent parentes. concesso iis pro præmio emancipationis fructu tantæ partis bonorum. Hoc autem ita obtinere Justinianus censuit, etiamsi pater in emancipatione sibi hoc præmium non expressè reservarit, *d. l. cum oportet. §. cum autem*, cùm tamen peculium profectitium, quod totum pleno jure patris est, filium emancipatum sequatur, tanquam à patre tacitè donatum, si pater id non ademerit, *l. donationes* 31. *§. 2. de donat. arg. l. si Sticho.* 53. *de pecul. l. un. C. de pecul. eius, qui lib. mer. §. si peculium* 20. *inf. de legat.* Differentiæ rationem

rationem hanc affert Joan. Faber, quod præmium emancipationis est ex provisione legis, quæ patri prospexerit in peculio, cuius ille adimendi potestatem non habebat: in peculio autem profectitio nihil opus fuit provisione legis; quandoquidem ipse pater pro arbitrio suo de eo statuere possit, & qui hoc ipso quod non adimit, concedere ita tacitè intelligatur. Cui addit D. Bachovius, quòd peculij profectitij naturalis possessio penes filium est, adventitij penes patrem, utpotè usufructuarium: itaque illud, si ademptum non sit, quasi ultro à patre relictum & filio concessum intelligi: in hoc autem, quod pater ipse detinet, atque apud se habet, jus suum sibi servare velle, beneficioque uti, nisi inter emancipandum juri suo renuntiaverit, vel donatione facta hoc ab sese in liberos transtulerit, *d. l. cum oportet, §. cum autem.*

TEXTUS.

3. *Item vobis acquiritur, quod servi vestri ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, sive ex donatione, vel ex legato, vel ex qualibet alia causa acquirant. Hoc enim vobis & ignorantibus & invitis obvenit. Ipse enim servus, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Sed si hæres institutus sit, non aliàs nisi vestro jussu, hæreditatem adire potest. Et, si vobis jubentibus adierit, vobis hæreditas acquiritur, perinde ac si vos ipsi hæredes instituti essetis. Et convenienter scilicet vobis legatum per eos acquiritur. Non solùm autem proprietas per eos, quos in potestate habetis, vobis acquiritur, sed etiam possessio. Cujuscunque enim rei possessionem adepti fuerint, id vos possidere videmini. Unde etiam per eos usucapio vel longi temporis possessio vobis accidit.*

NOTÆ.

3. QUOD SERVI VESTRI] Translatum hoc ex Caio, *l. 10. §. 1. de acq rer. dom.*

SIVE QUID STIPULENTUR] Id est, ab se stipulatum per traditionem nanciscantur: nam etsi etiam obligatio per servos stipulantes nobis acquiritur, *l. 53. de aq. rer. dom.* de quo *inf. tit. pen. lib. 3.* hoc tamen titulo non quæritur per quas personas obligatio nobis acquiratur, sed dominium aut possessio.

ET CONVENIENTER] Nempe regulæ initio positæ. quod per servos nobis ex qualibet causa acquiritur, etiam ignorantibus & invitis. Nam & hoc in legato obtinet: quippe quod lucrum tantum continet, non etiam damnum, ut hæreditas, *l. 32. D. mandat.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur per servos nobis acquiratur & ignorantibus & invitis.*
2. *Cur hinc excepta hæreditas.*
3. *An possessio per servum domino ignoranti acquiratur.*

DIctum hactenus est, quatenus per liberos nostros acquirimus: sequitur de acquisitione per servos; in qua jus vetus per omnia servatur, traditum à Gajo *l. 10. §. 1. & denique de acq. rer. dom.* & huc translatum. Id tale est, ut quicquid servus acquirit, sive ex causa peculij (quod in persona servi unius generis est, nempe quod permissu domini separatum à rationibus dominicis habet, *l. 5. §. ult. de pecul.*) sive extra eam quacunque ex alia causa, id totum acquirat domino.

Sive quid stipulentur] Subobscurè hoc dictum videtur, pro, *sive quid ab se stipulatum per traditionem nanciscantur.* Nam etsi verum est, servos nostros stipulantes nobis obligationem ex stipulatione acquirere, *inf. per quas pers. obl. acq. §. 1. inf. de stip. serv.* sub hoc tamen titulo non quæritur, per quas personas nobis obligatio acquiratur, sed dominium sive proprietas; & possessio.

Ignorantibus & invitis] *l. etiam invitis 32. de acq. rer. dom. l. quemadmodum 46. de jur. dot.* Huius autem necessariæ acquisitionis non alia ratio quærenda, quam quæ hic & apud Gajum *d. loc.* relata est; nimirum quia ipse servus, qui in alterius potestate est, nihil suum habere potest. Fit ergo hæc acquisitio ipso jure, ratione scilicet potestatis, quæ facit, ut ne momento quidem aliquo res subsistere possit in persona eius, qui in potestate est, & per quem acquiritur; sed protinus & necessariò acquiratur ei, qui in potestate habet, domino vel patri, (nam & filiusfam. qua talis, huc pertinet, *l. placet 79. de acq. hær.*) quorum etiam vicem in acquirendo servus ac filiusf. sustinent, & quibuscum hactenus una persona esse finguntur. Non obstat, quod dicitur nolenti & invito beneficium non acquiri, *l. hoc jure 19 §. 2. de donat. l. invito 69. de reg. jur.* non enim beneficij, sed juris ratio facit, ut sic domino per servum acquiratur. Quòd si dominus id, quod sibi ita quæsitum est, habere nolit, licet ei id repudiare aut abjicere. D. Tuningius ut hanc objectionem effugiat, duos quasi gradus in hac acquisitione

considerat, unum in persona acquirentis, in qua acquisitionis initium; alterum in persona nostra, in qua progressus quidã numeretur: ad initium quod attinet, ait invitis nobis acquiri: quoad progressum atque absolutionem, non nisi volentibus. Sed non est necesse, ut eò confugiamus, & fit hæc acquisitio in momento, *d. l. placet de acq. har.* frustraque aliàs exciperetur hæreditas.

Sed si hæres institutus sit, non aliàs nisi vestro jussu] Exceptio proximè præcedentis regulæ. Hæreditas 2 quidem & ipsa per servos nostros hæredes instituto nobis acquiritur; cæterùm non eodem modo, quo ex cæteris causis per eos acquirimus, ut etiam ignorantibus nobis & invitis acquiratur, sed volentibus duntaxat & jubentibus eos hæreditatẽ adire. Quod si jussu nostro non expectato adierint, nihil agunt, *l. si quis 25. §. jussum 4. de acq. har.* Hoc autem cur ita placuerit, minimè obscurum est, ac scilicet in potestate servi esset domini conditionem deteriorem facere, ignorantem eum obligando ære alieno hæreditario, quod sæpè excedit vires patrimonij defuncti. *l. 6. d. tit.* Illud enim notum est, eum, qui hæres efficitur, non tantùm acquirere, sed etiam obligari, & implicari oneribus hæreditariis.

Et conveniente vobis legatum] Convenienter non ei, quod proximè præcedit de acquisitione hæreditatis, quæ hoc proprium habere dicta est, ut non acquiratur per servum sine jussu domini, sed regulæ initio positæ, quod per servos nobis acquiritur ex omnibus causis. Si ex causis omnibus, igitur & ex causa legati. Ex hac verò causa proculdubio etiam ignoranti & invito domino per servum acquiretur, sicut ex cæteris, excepta hæreditate, *l. etiam invitis 32. de acq. rer. dom.* nam ratio exceptionis, quæ in hæreditate est, cessat in legato, quod purum semper & liquidum lucrum affert, *l. si hæreditatem 32. mandat.* Planè jejuna quædam hic repetitio est de legato, quippe cuius iam in *pr. huius §.* mentio facta: sed Tribonianus hunc locum ex Gajo *d. l. 10. §. 1. de acq rer. dom.* describens, incautè initium illius §. interpolavit: nam Gajus legati non meminit nisi semel, & demum in calce *d. §. 1.*

Non solum proprietas, sed etiam possessio] An possessio per servum nobis acquiratur causa est, cur dubites. Hæc enim res non juris, sed facti est, *l. §. 3. & 4. de acq poss l. denique 19. ex quib. ca. maj.* ea autem quæ facti sunt, non transeunt ad dominum, sed in persona ipsius servi consistunt, *l. qui haredi 44. de cond. & dom. § 2. inf. de stip. serv.* ut proinde dicendum videatur, etiam possessionem in persona servi subsistere debere, nec domino per servum eam acquiri. Verùm possessio non corporis tantùm & facti est, sed etiam juris, teste Papiniano in *l. possessio 49. §. 1. de acq. poss* aut potiùs, ut idem Papinianus in *pr. d. l.* hoc exprimit, ita facti est possessio, ut cum de ea acquirenda, retinenda aut transferenda agitur, plurimum ex jure mutuetur: inter quæ hoc etiam est, ut per eos nobis acquiratur possessio, per quos res cæteræ utique si nostro nomine possessionem apprehendant. Cùm autem generaliter & simpliciter 3 tum hic, tum apud Gajum *d. l. 10. §. 2. de acq. rer dom.* scriptum sit, non solùm proprietatem, sed etiam possessionem nobis per servos acquiri, & cuiuscumque rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videri; apud Ulpianum *l. si me 34. §. ult. de acq. poss.* hoc etiam amplius, servum meum ignoranti mihi possessionem acquirere: hinc Glossa & comm. DD. crediderunt, æque per servum quacunque ex causa possessionem domino etiã ignoranti acquiri, ac res cæteras excepta hæreditate. Sed verior est eorum sententia, qui in acquirenda per servum possessione putant causam peculiarem ab aliis separandam, ut siquidem ex causa peculiari possessionem nactus sit, ea etiam ignoranti domino acquiratur, si extra causam peculij, non nisi scienti: quæ distinctio apertè proponitur, *l. 1. §. item acquirimus 5. l. 3. §. cæterum 12. l. quod servus 24. l. peregre. 44. §. 1. de acq poss.* Sed & ratio diversitatis iisdem locis perspicuè indicatur: nimirum cum ea possessionis conditio sit; ut non nisi animo & corpore acquiri possit; *d. l. 3. pr.* & licet corpore alieno, animo tamen non nisi nostro, nobisque volentibus: *d. l. 3. §. cæterum l. ea quæ 53. de acq. rer. dom.* hunc animum nostrum in eorum quidem rerum possessione, quàm servi ex causa peculiari adipiscuntur, quodammodo & in genere saltem concurrere, eosque quasi voluntate nostra intelligi possidere, eo quòd peculium eos habere permiserimus: in rebus autem non peculiaribus nullam omninò voluntatem domini acquisitionem antecedere, ac propterea ad possessionem in his causis acquirendam specialem domini voluntatem certamque scientiam necessariam esse, *d. l. peregre. §. 1.* Sic igitur temperandum erit, si cubi simpliciter, quemadmodum hic, scriptum legamus, per servos nobis acquiri possessionem, aut acquiri nobis ignorantibus, ut in *d. l. 34. §. ult. eod.*

Unde etiam per eos usucapio] Gajus *d. l. 10. §. 2.* hoc sic expressit; *unde etiam per eorum longam possessionem dominium nobis acquiritur* In peculiaribus rebus uti ignorantibus nobis possessio acquiritur, ita receptum est, ut etiam ignorantes ex eadem causa usucapiamus: cum alioqui possessio ignorantibus nobis quæsita, veluti per procuratorem, ad usucapionem non prosit, nisi postquam scientia nostra intervenerit, *l. si emptum 47. de usuc. l. 1. C. de acq poss.* quod plenius explicabimus *sub §. pen. huius tit.*

TEX-

TEXTUS.

4. *De ijs autem servis, in quibus tantummodò usumfructum habetis, ita placuit: ut quicquid ex re vestra, vel ex operis suis acquirunt id vobis adjiciatur: quòd verò extra eas causas consecuti sunt, id ad dominium proprietatis pertineat. Itaq; si is servus hæres institutus sit, legatúmve quid ei, aut donatum fuerit, non usufructuario, sed domino proprietatis acquiritur.*

NOTÆ.

4. DE IIS SERVIS] Ex *l.10.§.3.de acq.rer.dom. l.21.de usufr.*

EX RE VESTRA] Veluti sit servus, quem fructuarius dispensatorem fecerat, rem aliquam ex nummis fructuarij comparavit, rem fructuarij locavit, pecuniam fœneravit, *l.31.de usufr.l.43.§. ult. de acq.rer.dom.l.1.C.de rei vind.*

EX OPERIS SUIS] Puta si tutor sit, aut pictor, aut faber, & pro opera huiusmodi mercedem acceperit, *l.26.de usufr.* Quid si ex superioribus causis, nominatim domino proprietatis stipuletur, aut nomine eius rem accipiat? Acquirit domino proprietatis, *l. 25.§.3.d.t.l.37.§ pen. de acq.rer.dom.* Cæterùm placet fructuarium condicere id posse, *l pen de stip.serv.*

HÆRES INSTITUTUS, &c.] *d.l.10.§.3.l.47.l.49. de acq.rer.dom.l.25 pr.de acq. hær.* excipe, nisi quid horum factũ contemplatione fructuarij, *l.22.& seq. de usufr.* quo casu servus ex re fructuarii, non opera sua fructuario acquirere intelligitur, *l.4.5.d.1.* ne objici possit, quod aditio hæreditatis non sit in opera servili, *d.l.44.in pr.*

COMMENTARIUS.

1. *Cui acquirat servus fructuarius, si dicat se domino proprietatis accipere ex re fructuarij.*
2. *Aditionẽ hereditatis non esse in opera servili, & quare.*
3. *Servum contemplatione fructuarij hæredem institutum, fructuario hæreditatem acquirere, & iussu eius, non domini, adire.*

QUÆ de quærendo per servos dominio aut possessione dicta sunt §. *prec.* ea locum habent, cùm quis plenã in servo proprietatem habet. Quòd si apud alium usus fructus servi sit, apud alium nuda tantùm proprietas, hic ex duabus causis fructuario per hunc servum acquiritur, ex re scilicet fructuarii, & servi operis; ex cæteris causis proprietario. Idemque juris servatur in eo, qui bona fide servit, ut ex iisdem causis acquirat bonæ fidei possessori, ex cæteris aut sibi, si liber est, aut domino, si servus: de quibus nunc porrò sequitur.

Ex re vestra vel operis suis] *L.10.§.3.de acq.rer.dom. l.si servi 21.de usufr.* Ex re fructuarii, veluti si servus, cùm fructuarius eum dispensatorem fecisset, rem aliquam ex nummis fructuarij comparavit, aut rem fructuarii locavit, pecuniam fœneravit, &c. Hic enim res empta, merces locationis, usuræ pecuniæ creditæ quærentur fructuario, *l.1.C.de rei vend.l.servus.* 43 *§.ult.de acq rer.dom.* Ex operis servi, verbi gratiæ, si sutor sit, aut pictor, aut faber, atque ex hujusmodi aut simili opera alii præstita aliquid paravit, mercedem scilicet operæ, *l.si operas 26.de usufr.* Sed quid si dicat servus, se domino proprietatis accipere, quod ex re fructuarii ei traditur? Hoc casu totum domino proprietatis acquiret. Nam & nominatim stipulando domino proprietatis ex re fructuarii aut operis suis, eidem acquireret, *l.per servum 37.§.pen.de acq.rer.dom l.sed etsi 25.§ quæstionis 3.de usuf.* Et facit hoc quidem ratio summi juris: cæterum quod ita domino proprietatis quæsitum est, placuit fructuarium condicere posse, *l. pen. de stip. serv.* Cur verò tantum ex duabus istis causis placeat acquiri fructuario, ratio hæc est, quod quæ ex istis causis acquiruntur, fructuum vicem obtinent, cætera in fructu non sunt.

Extra eas causas] Extra superiores causas habetur, quòd servus fructuarius ex re pecuniáve alterius consecutus est, puta ex peculio, quod à proprietario habet, aut si quid servo donatum legatúmve sit, aut si hæres sit institutus. Idcirco placet, nihil horum per servum fructuario acquiri, sed omnia hæc acquiri domino proprietatis. *d.l.10.§.3.l.servus 43. l.fructuario 47. l. quod fructuarius 49.de acq. rer. dom. l. si quis 25.de acq. hær.* De hæreditate à quibusdam olim dubitatum est, propterea quod in aditione factum servi interveniat, *l.liber.19.de acq. rer.dom.* & sine huiusmodi facto servi nec domino hæreditas acquiri possit, *l.3. C.de hær.inst.* Sed obtinuit, aditionem hæreditatis non esse in opera servili, *l.aditio 45.de acq.hær.d.l.fructuario 47.de acq.rer. dom.* & rectè: nam aditio factum quidem est, sed opera non est: quippe cum opera non sit sine labore; qui in aditione nullus est.

Si hæres institutus, legatumve quid ei, &c.] Hoc etiam generaliter sic traditum est *l.10. l.47. l. 49. de acq.rer. dom. l.25. de acq. hær.* Alibi tamen hæc extat exceptio, nisi servus hæres institutus sit, legatúmve quid ei aut donatum fuerit contemplatione fructuarij: quod enim ita relictum datúmve servo fructuario est, id per eum fructuario acquiri, non proprietario, *l. si servi 21. & l. seq. de usufr.* eademque distinctio probata est in specie non dissimili: *l. facta 63. §. si hæres 4. ad*

sen. Trebell. & in terminis hominis liberi bona fidè possessi; cuius in hac causa, & servi fructuarij, eadem ratio *l. aditio 45. §. ult. de acq. hær.* Neque tam exceptio hæc est, quàm interpretatio & declaratio quædam superioris regulæ, quæ definit, nihil per servum fructuarium fructuario acquiri, præterquam ex re fructuarij, aut ex servi operis. Docet nimirum ista distinctio, quod contemplatione fructuarij datum aut relictum est, extra illas duas causas non acquiri; quamvis enim hoc fructuario non acquiratur ex servi opera, intelligi tamen acquiri ex re fructuarii, cui qui donavit aut reliquit, rem
2 quæsitam voluit, *d. l. aditio §. ult. de acq hær.* Ex quo etiam perspicuum est, falli Glossam, Jo. Fab Cantiunc. Bart. *in d. l. 25. de acq. hær.* & quotquot sunt, qui scribunt, servum fructuarium, ut maximè cõtemplatione fructuarij hæres institutus sit, nõ posse hæreditatem jussu fructuarij adire, eamque per aditionem directò acquirere fructuario, sed adeundam esse jussu proprietarii, cui etiam stricta ratione hæreditas acquiratur, sed restituenda fructuario conditione sine causa, ut in casu *l pen. de stip. serv.* Fefellit eos, quod putaverunt, prius esse, ut aditio hæreditatis contra expressi juris auctoritatem statuatur esse species operæ servilis, quàm in casu proposito dici possit, servum jussu fructuarii adeuntem hæreditatem fructuario acquirere. Quod non ita est: neq; enim ex causa operæ servilis hęc acquisitio defenditur, sed ex capite alterò, quia scilicet hoc casu servus ex re fructuarii acquirere intelligitur, ex qua causa vel maximè fructuario acquiri cõstat,
3 *d. l. aditio 45. §. ult. de acq. hæred.* Ubi ex hoc eodem fundamento Jurisconsultus defendit, liberum hominem bona fide à me possessum, & mei contemplatione hæredem institutum, meo jussu adire & & mihi acquirere hæreditatem posse. Bonæ fidei autem possessoris & fructuarii eadem planè in his quæstionibus ratio est, ut mox docebitur: consent. *Ias. ind. l. 25. de acq. hær. Mynsh. Bach. hic.* Movere autem neminem debet, quòd quibusdam locis generaliter definitur, servum fructuarium jussu eius, qui usumfructum in eo habet, adire hæreditatem non posse, ut *d. l. 25. in pr. & d. l. aditio 45 § pen.* Huiusmodi enim loci accipiendi sunt de servo simpliciter instituto, non contemplatione fructuarii: quo casu si per servum fructuario acquireretur hæreditas, acquireretur extra superiores duas causas; quod ratio juris non permittit. Sic cum in hoc nostro §. & *d. l. 10. §. 3. de acq rer. dom.* generaliter scriptum sit, quod servo fructuario donatur aut relinquitur, id acquiri proprietario; nemo tamen est, qui neget, admittendam hæc esse illam sive exceptionem sive interpretationem, nisi quod servo donatum relictumve sit contemplatione fructuarij: quod alibi certò jure traditũ est. Quod verò Paulus in *l. quod fructuarius 49. de acq. rer. dom.* scribit, quod extraneus servo fructuario donat, indistinctè soli proprietario acquiri; id non eò pertinet, ut excludat insignem & receptam distinctionem inter id, quod contemplatione fructuarij aut simpliciter servo donatum est; sed eam; quam ipse in pr. proponit in fructuario donante. Planè ex generali horum locorum definitione evidenter evincitur, errare eos; qui contendunt, quod servo fructuario donatur aut relinquitur, in dubio præsumendum, donatum aut relictum contemplatione fructuarii: quod tamen tanquam certum tradit D. Dionys. Gothofred. *in annot. ad Schneid.*

TEXTUS.

5. Idem placet & de eo, qui à vobis bona fide possidetur, sive is liber sit, sive alienus servus. Quod enim placuit de usufructuario, idẽ placet & de bonæ fidei possessore. Itaq; quod extra istas duas causas acquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominium, si servus est. Sed bonæ fidei possessor, quum usuceperit servum, (quia eo modo dominus fit) ex omnibus causis per eum sibi acquirere potest. Fructuarius verò usucapere non potest: primum quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi: deinde quia scit, servum alienum esse. Non solùm autem proprietas per eos servos, in quibus usumfructũ habetis, vel quos bona fide possidetis, aut per liberam personã, quæ bona fide vobis servit, vobis acquiritur, sed etiam possessio. Loquimur autem in utriusq; persona secundum distinctionem, quam proximè exposuimus, id est, si quam possessionem ex re vestra, vel ex suis operis adepti fuerint.

NOTÆ.

5. IDEM PLACET] *d. l. 10. §. 1. l. 19. de acq. rer. dom.*

COMMENTARIUS.

1. *An bonæ fidei possessor, quod ex operis servi paratum extat, domino servum vindicanti restituere teneatur.*
2. *Verùmne sit simpliciter, quod Iustinianus ait, fructuarium non possidere.*

DE iis, quos bona fide possidemus, idem jus est, quod de servis fructuarijs, ut scilicet, qui-

qui bona fide alicui servit, sive servus alienus est, sive homo liber, quicquid ex re ejus, cui servit, acquirit, quicquid item ex operis suis, id acquirat ei, cui servit, & à quo bona fide possidetur, *d. l. 10. §. idem placet, l. liber. 19. de acq. rer. dom.* Hactenus tamen, quatenus possessor bona fide possidebit, & quamdiu ita possidebit: nam si scire cœperit, eũ, qui bona fide servit, hominem liberum aut alienum servum esse, continuò per eum acquirere posse desinit, *l. qui bona 23. §. 1. l. quæsitum 40. eod.* Quod extra duas istas causas acquiritur, placet vel ad ipsum, qui bona fide possidetur, pertinere, si liber est, vel ad dominum, si servus est. Extra eas causas maximè est hæreditas, legatum, donatiõve, *d. l. liber. l. homo 54. eod.* Cæterum & in persona eius, qui bona fide possidetur, recipiendum temperamentum superius, nisi quid donatum relictúmve sit contemplatione bonæ fidei possessoris, cui hoc casu etiam ista acquiri placet, *l. aditio 45. §. ult. de acq. har.*

Itaque quod extra istas duas causas] Quoniam, ut supra notavimus, istud in fructu non est: ea autem sola, quæ in fructu sunt, bonæ fidei possessoris fiunt, I uti & fructuarii: Quæri potest in persona bonæ fidei possessoris, (in fructuarium enim huiusmodi quæstio non cadit) an, quemadmodum is fructus ex fundo alieno perceptos & extantes adhuc vindicanti rem suam domino restituere tenetur, juxta ea, quæ tradita & notata sunt, *§. si quis 35. sup. de rer. div.* eodem modo etiam quòd pecuniæ aut rei ex operis servi paratum extat, apud eum, cui bona fide servit, domino servum evincenti restituendum sit. Quæstionem propono de rebus ex operis servi possessori quæsitis? vix enim dubitari potest, quin quòd ex re possessoris quæsitum est, perpetuò atq; irrevocabili jure possessoris efficiatur. At quæ possessori parantur ex operis servilibus, ea cùm fructibus fundi comparari passim videas, *l. qui scit. 25. §. 1. de usur. l. quæsitum 40 in fin. de acq. rer. dom.* Existimo tamen, etiam hæc bonæ fidei possessori irrevocabiliter acquiri, eique cedere in compensationem alimentorum, aliarumque impensarum, quæ necessariò in servũ fiunt, nec certò æstimari queunt. Neque obstat prædicta comparatio: nam ex ea minimè sequitur, eandem harum rerum & fructuum in omnibus rationem esse, & in *d. l. quæsitum*, conferuntur hæc cùm fructibus consumptis, quos lucrari bonæ fidei possessorem certum est.

Sed bonæ fidei possessor quum usuceperit] Bonæ fidei possessor usucapione perfecta quacunque ex causa per servum acquirit: quia usucapio pleno jure dominum eum facit. Hoc ad hominem liberum bona fide possessum non pertinet: quippe cuius nulla usucapio est.

Fructuarius usucapere non potest, &c.] Ait cum Gajo, *d. l. 10. §. ult. de acq. rer. dom.* usufructuarium usucapere non posse; idque duplici de causa, tum quia non possidet, tum propter malam fidem, quia scit, servum alienum esse. Horum autem vel alterutrum satis est ad impediendam usucapionem; utpotè quæ nec sine possessione, nec sine bona fide possessoris, putãtis rem suam esse procedere potest, ut demonstratum, *sup. tit. de usuf.* Et de scientia quidem fructuarii res certa est: neque enim ignorare potest, se earum rerum, quarũ usumfructum habet, dominum non esse. Quin ipse alium dominum agnoscit, cùm se fructuarium profitetur. Quod verò 2 simpliciter negatur possidere, non est sine omni scrupulo. Nam alibi contra dicitur possessor & possidere, *l. uti frui, in fin. pr. & §. ult. si usufr. pet.* & naturaliter possidere, *l. naturaliter 12. de acq. poss.* Sed hæc non sunt contraria: nam & colonus & commodatarius, & depositarius naturaliter dicuntur possidere, *l. 2. §. 1. pro hared. l. 7. §. neque colonus 11. comm. div.* qui tamen alibi possidere absolutè negantur, ullámve habere possessionem, *l. 9. de rei vend. l. non solum 33. §. 1. circa fin. de usuc. l. 6. §. 2. de precar. § possidere, inf. de interd.* nimirum nec hi, nec fructuarius verè possident, id est, non possident civiliter, ψυχῇ διακρατοῦντες, animo dominantis, sine qua possessione non procedit usucapio. Sed in possessione sunt nomine alieno, apud quẽ possessio remanet, & qui per illos possidere intelligitur, *d. §. possidere, inf. de interd. l. generaliter 9. l. quod meo 18. in pr. de acquir. possess. l. 6. §. 2. de precar.* qui textus etiam in his terminis de fructuario loquitur: nec alia ratione dicitur, retentio ususfructus species esse traditionis quàm quod qui retinet usumfructum, desinat sibi, & incipiat alij possidere. Itaque cùm hi naturaliter possidere aut possidere simpliciter dicuntur, impropria locutio est, qua corporalis tantum detentio significatur, *l. possessio 49. de acq. possess. l. 1. Cod. comm. de usuc.* Verùm enimverò licet fructuarius non possideat, tamen quia firmius jus habet insistendi rei, atque omne rei emolumentum ad eum pertinet, ea res efficit, ut interdicta ei possessoria accommodentur, quæ cæteris, qui in possessione sunt tantùm, denegantur, *l. 3. §. unde vi 13. de vi & de vi arm. l. ult. uti possid.* de quo pluribus agere hoc loco non licet.

Non solum proprietas, sed etiam possessio] *l. 1. §. sed & 6. §. per eum 8. l. possessio 49. in pr. de acquir. possess.* nimirum quia etiam possessionem pleno domino servus acquirit ex omni causa, *§. 3. sup. eod.* Ita verò jus est, ut quæcunque per servum quacunque ex causa acquiruntur ei, qui plenum in eo jus habet, eadem placeat acquiri fructuario per servum fructuarium: & bonæ fidei

possessori, per eos, quos bona fide possidet, ex re illorum aut horum operis. Nihil ad rem pertinet, quod fructuarius servum nō possidet; nam nec pater filium, *d.l.1.§.per eum 8. de acq poss.* Sed nec procurator à nobis possidetur, nec tutor curatorve, per quos tamen possessionem nobis acquiri posse constat, *d.l.1.§ per procuratorem 20.* Hæc, & quæ præcedentibus §§. tradita quamvis apud nos usum non habent, qui servos non habemus, tamen diligentius exposui, quia in multis partibus non parum conducunt ad cognitionem juris civilis Romanorum.

TEXTUS.

6. Ex his itaque apparet, per liberos homines, quos neque vestro juri subjectos habetis, neque bona fide possidetis: itē per alienos servos, in quibus neque usumfructum habetis, neque possessionem justam, nulla ex causa vobis acquiri posse. Et hoc est, quod dicitur, per extraneam personam nihil acquiri posse: excepto eo, quod per liberam personam (veluti per procuratorem) placet non solum scientibus, sed & ignorantibus vobis acquiri possessionem, secundùm divi Severi constitutionem, & per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuerit, qui tradidit, vel usucapionem aut longi temporis præscriptionem, si dominus non sit.

NOTÆ.

6. PER EXTRANEAM PERSONAM] Id est, hominem liberum, qui neque juri nostro subjectus est, neque bona fide nobis servit: item servum alienum, cuius neque ususfructus apud nos sit, neque possessio.

ACQUIRI POSSESSIONEM] *d.l.1.C.h.t.l.1.C.de acq.poss.l.20.§.ult.l.53.de acq.rer.dom.* nimirum quia possessio acquiritur actu naturali & corporali apprehensione, in quo placet posse nos uti etiam ministerio alieno, *d.l.53.l.18.de acq.poss.*

SED ET IGNORANTIBUS] *l.13. de acq.rer.dom.l.34.§.1.l.49.§.ult.de acq.poss.l.1.C.eod.* Utique tamen volentibus; ut ignoremus, quo tempore ex voluntate nostra possessio apprehendatur.

PER POSSESSIONEM ETIAM DOMINIUM] Si tradita ab eo, qui dominus fuit, & dominium in nos transferre voluit, *dict.l.13.l.20.§.ult.de acq.rer. dom.leg.8.Cod.de acq.poss.*

VEL USUCAPIONEM] Id est, usucapiendi occasionem, conditionem. Hoc interest, quod dominium etiam ignoranti mihi per procuratorem, cui nomine meo res tradita est; acquiratur: re autem à non domino tradita, usucapiendi facultas demum acquiratur, ex quo scire cœpi rem traditam esse, *l.47. de usuc.l.1.C.de acq.poss.* Nam usucapio bonam fidem possidentis requirit, quam nemo dixerit eum habere, qui se possidere ignorat.

COMMENTARIUS.

1. *Cur placeat possessionem per extraneam personam acquiri posse, jus aliquod non posse.*
2. *Per consequentiam quæsita possessionis necessariò etiam dominium nobis acquiri; aut usucapiendi conditionem, sed hanc demum, postquam scientia interventi, n.3.*

COncludit ab enumeratione personarum, per quas acquiri huc usque docuit, quasi ab enumeratione partium, per extraneam personam nihil nobis acquiri posse. Sola causa excipitur possessionis. Personam extraneam vocat hominem liberum, qui neque juri nostro subiectus est, neque bona fide à nobis possidetur; tum servum alienum, in quo neque usumfructum habemus, neque justam possessionem. In summa, persona extranea in hoc argumento est, quæ vim instrumenti animati apud nos non obtinet.

Nihil acquiri posse] Neque dominium aliúdve in re jus, neque obligationem aut actionem, *l.1.C.hoc tit.l.11.de obl.& act.l.3.in pr.quod vi aut clam.l.quo tutela 73. §.ult.de reg. iur. l.stipulatio 38. §.alteri 17. de verb. oblig.* Cuius rei ratio est, quod jus civile ita comparatum sit, ut sibi quisque, quod sua interfit, negotium gerat, non alteri, *d.l.11. de obl.& act. d.l. stipulatio, §.alteri de verb.oblig* An quas exceptiones hæc regula habeat in obligatione per extraneum acquirenda, & quid juris hodie hic obtineat, videbimus in §.4. *inf. de inut. stipul.*

Excepto eo, quod per liberam personam placet acquiri possessionem] Excipit possessionem quam placuit per quemlibet nobis acquiri, qui eam nostro nomine apprehenderit, id est, hoc animo, ut velit nostro nomine possidere, *d. l. 1. C. hoc tit. l. 1. C. de acq. poss. l. solutum, §. pen. de pign. act. l. traditio 20. §. ult. l. ea quæ 53. de acq. rer. dom.* Qui locus etiam rationem suggerit, cur in possessione acquirenda singulariter hoc receptum sit; nimirum quia possessio acquiritur actu naturali, & corporali rei apprehensione; in quo faciliùs alteri operam navare & ministerium præstare possumus,

mus, quàm in iis, quæ civiliter acquiruntur citra istiusmodi actum, puta stipulando aut cuntrahendo, relictumve agnoscendo. Et tamen hoc ipsum, ut per liberam personam possessio nobis, quæratur, propter utilitatem contra stricti juris rationem constitutionibus introductum videtur, *dict. l. 1. & l. 8. C. de acq. possess. d. l. solutum, §. pen. de pign. act.*

Veluti per procuratorem] Procuratorem intelligo cum Bart. in *l. qui mihi 13. de donat. Ias. & Zas. in l. 1. § per procuratorem 20. de acq. poss.* non tantum qui speciale mandatum habet; sed etiam, cui universorum bonorum administratio permissa est. Etenim cùm procurator generalis & exigere possit atque accipere, & emere ac vendere, utique quatenus ratio administrationis hoc exposcit, *§. nihil autem 42. sup. de rer. div. cum ibi notat.* Hactenus non video, quid inter hunc & specialem procuratorem intersit. Planè extra causam administrationis, ad acquirendam domino possessionem generale mandatum non sufficit, sed aut speciale requiritur, aut domini ratihabitio, *l. communis 42. §. 1. de acq. poss.*

Non solum scientibus, sed & ignorantibus] Etiam ignorantibus possessionem per procuratorem nobis acquiri, multis locis apertissimè scriptum est, *l. si procurator. 13. de acq. rer. dom. l. si me 34. §. 1. l. possessio 49 §. ult. de acq. poss. l. 1. C. eod.* Cui non obstat, quod dicitur in *l. ea quæ 53. de acq. rer. dom.* per quemlibet volentibus nobis possessionem acquiri. Hæc enim non pugnant, ignorantibus posse acquiri possessionem, & non acquiri, nisi volentibus. Ignorare possumus, quo tempore procurator noster possessionem apprehendat: quandocunq; autem hoc fit, nostra fit voluntate, qui ut apprehenderet, mandavimus.

Et per possessionem dominium] Ut possessio nobis per procuratorem acquiritur, sic & per possessionem dominium, si incipiat ab eo, qui dominus fuit, & dominium in nos transferre voluit, *d. l. 13. l. traditio 20. §. ult. de acq. rer. dom. l. 8. C. de acq. poss.* Etenim
2. admisso eo, ut per liberã personam possessio nobis quæratur, necessarium hoc consequens fuit, ut & dominium quæreretur per possessionem prius quæsitam, si ea à rei domino transferendi domini causa tradita esset. Fieri enim non potest, quin is, qui rem ex justa causa, hoc est, idonea ad transferendum dominium, traditam à domino possidere cœpit, dominus eius rei statim efficiatur. Cùm autem dicimus, possessionem, & per hanc dominium, per procuratorem nobis acquiri, non hoc intelligimus, acquiri hæc primùm procuratori, à quo deinde ad nos transeant: sed ministerio procuratoris rectà nobis acquiri possessionem, & per consequentiam quæsitæ possessionis eo casu quo diximus, etiam dominium. Ex quo apparet, ἄλογον esse & alienum, quod D D. plerique hic afferunt, ideo facilius dominium ministerio alieno quæri, quàm obligationem, quia jura personalia & obligationes magis inhærent ossibus hominum.

Vel usucapionem] Id est, usucapiendi occasionem. Hoc enim perpetuum est, ut quo casu dominium statim acquiritur, si dominus sit, qui tradit dominij transferendi causa: eo casu acquiratur jus usucapionis, si dominus non sit. Prætermissa autem hoc loco à Triboniano est insignis inter hos casus dif-3
ferentia. Nam si is, qui procuratori meo rem meo nomine tradidit, dominus fuit, etiam ignoranti mihi dominium acquiritur, *d. l. 13. de acq. rer. dom.* si non fuit dominus, usucapiendi conditio mihi non quæritur, nisi postquam scientia mea intervenerit, *l. 1. C. de acq. possess. l. si emptam 47. de usuc. l. possessio 49. §. ult. de acq. possess.* Hoc ideo, quia eum, quem usucapere volumus non sufficit possidere, nisi & possideat bona fide, quam nemo dixerit eum habere, qui se possidere ignorat.

Vel longi temporis præscriptionem] Potuerat hoc omitti. Nam postquam ex duobus his generibus acquirendi, quæ prius fuerant, usucapione & præscriptione longi temporis, unum Justinianus fecit; *l. un. C. de usuc. transform.* satis fuisset, alterutrius tantum meminisse, aut usucapionis, aut præscriptionis.

TEXTUS.

17. Hactenus tantisper admonuisse sufficiat, quemadmodum singulæ res vobis acquirantur. Nam legatorum jus, quo & ipso singulæ res vobis acquiruntur; item fidei commissorum, ubi singulæ res vobis relinquuntur, opportunius inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res vobis acquirantur. Si cui ergo hæredes facti sitis, sive cujus bonorum possessionem petieritis, vel si quem adrogaveritis, vel si cujus bona libertatum conservandarum causa vobis addicta fuerint, ejus res omnes ad vos transeunt. Ac prius de hæreditatibus dispiciamus. Quarum duplex cõditio est. Nam vel ex testamento, vel ab intestato ad vos pertinent. Et prius est, ut de his dispiciamus, quæ ex testamento vobis obveniunt; qua in re necessarium est, initium de testamentis ordinandis exponere.

Nodæ.

NOTÆ.

7. SI CUI HÆREDES, &c.] Ex modis acquirendi per universitatem, qui plures olim fuerunt, 2. Cont. 1. *disp.* 12. soli manserunt hi quatuor, susceptio hæreditatis, bonorum possessionis agnitio *inf. tit.* 10. *lib.* 3. adrogatio, & libertatum conservandarum causa bonorum addictio, *tit.* 11. & 12. *d. lib.* 3.

COMMENTARIUS.

1. *Verbis, per universitatem, non titulum acquirendi, sed rem, quæ acquiritur, significari.*
2. *Ex veteribus acquirendi per universitatem modis solos supereſſe quatuor: quos Iustinianus commemorat.*
3. *Quid sit hæreditas.*
4. *Quibus modis deferatur.*
5. *Species acquisitionis per universitatem apud nos receptæ.*

EXpositis modis, quibus jure civili acquiruntur res singulæ, transit Imperator ad eos modos, quibus eodem jure acquiruntur universæ, sive quibus acquirimus per universitatem. Non minus autem hic spectandi modi ipsi & causæ acquirendi, quàm universitas acquisitionis. Nam & legari & donari bonorũ universitas potest, *l. non amplius 36. §. 2. de legat. 1. l. si unquam. C. de revoc. donat.* potest & vendi, *tot. tit. de hæred. vend.* sed tituli hi nihilominùs natura sua singulares sunt hoc est, comparati duntaxat ad acquirendum res singulas, & ideo nec idem jus in universum acquirenti tribuunt, quòd verbi causa hæreditas: idque cernitur in actionibus directis, tam activis, quàm passivis. Modi ipsi acquirendi soli universales sunt natura sua, ad quos nunc se Princeps confert.

Legatorum jus, item fideic. opportunius inferiore loco] Occupat, & tacitè removet, quod obiici poterat, de perturbatione ordinis, quod scilicet in disputatione de acquisitione juris civilis rerum singularum non omnes acquirendi modos, qui eò pertinent, exequatur. Quòd lex methodi videbatur exigere, sed parte eorum præterita, ad aliud genus intempestivè transeat: nam legata & fideicommissa non minùs ad prius istud genus acquisitionis, pertinere, quàm usucapionem & donationem. Id ergo se non ignorare significat, & consultò tractationem de legatis & fideicommissis in alium locum reiecisse, eumque, qui longè sit opportunior: nam originem eorum, causam communem, & exitum flagitare omnino, ut de iis demum tractetur cognito jure testamentorum, *inf. de legat. in pr.*

Per universitatem] Hoc est, quibus universim & una acquisitione acquirimus bona alicuius omnia, res omnes & jus universum alterius, non separatim res singulas. Ita enim paulo post: *Si cui ergo hæredes facti sitis, &c. eius res omnes ad vos transeunt.* & Gaius *lib. 2. tit. 2. in pr. Per universitatem*, ait, *hoc est, simul omnia bona acquirimus hæreditate*, fac. *l. hæreditas 62. de reg. iur. l. nihil aliud 24. de verb. sign. l. 3. §. 3. de bon. poss.* D. Vulteius putat, his verbis, *per universitatem*, titulum acquisitionis significari, non res acquirendas: sed oppidò quàm ineptè. Quis enim unquam fundo audivit, titulo tribui universitatem, aut titulorum quosdam dici universos! Multorum ista collectionem arguunt. Quæ affectio cùm tantum rerum propria sit, nec tamen omnium, hinc est, quod res quædam dicuntur singulæ, quædam universæ; & rerum sive bonorum quædam universitas, non tituli. Cæterùm quemadmodum actiones, quibus bonorum universitatem petimus, ex obiecto appellamus universales, qualis est petitio hæreditatis; quibus res singulas, qualis est rei vindicatio, singulares, aut speciales: *l. 1. l. in specialibus 73. de rei vend. l. ut responsum 15. C. de transact.* ita & titulo, qui pertinent ad acquirendum per universitatem. id est, res alicuius universas, universales; qui ad res singulas, singulares dicimus. In summa universitas non est causa sive titulus, neque etiam modus acquirendi, sed illud ipsum, quod acquiritur, veluti hæreditas, quàm sibi delatam acquirit hæres adeundo, *§. ult. inf. de har. qual.*

Si cui ergo hæredes facti, &c.] Olim modi, quibus per universitatem acquiritur, complures erant. Septem enumerat D. Ant. Contius *lib. 1. disp. cap. 12.* Ex quibus antiquati, successio per bonorum debitoris venditionem, & ea, quæ fiebat per redactionem 2 liberæ mulieris in servitutem ex Senatusconsulto Claudiano, *inf. tit. de success. sublat. quæ fieb. per bon. vend. & ex Senatusconsulto Claud.* item in manum conventio seu coemptio. Quæ itidem species erat successionis per universitatem. Nam olim cùm mulier viro in manum convenisset, omnia, quæ mulieris erant, viri fiebant, dotis nomine, teste M. Tullio in *Topic.* in quem locum de ritu coemptionis vid. *Boët.* Soli manserunt hi quatuor, quorum idcirco etiam mentionem tantum facit Justinianus, susceptio hæreditatis, bonorum possessionis agnitio, adrogatio, libertatum conservandarum causa bonorum addictio. Annumeratur tamen his & successio fisci bona damnatorum, vel eorum, qui sine hærede moriuntur, occupantis, *arg. l. deportatus 15. de interd. & rel. l. 1. & passim, de iur. fisc.* item ingressus monasterij. Nam Justinianus. *Nov. 5. cap. 5.* unde *auth. ingressi, C. de sacros. Eccles.* constituit,

tuit ut universa bona religionem ingressi acquirantur monasterio, extra quam si liberos habeat, inter quos substantiam suam dividere non prohibetur, una saltem parte sibi retenta, in quam monasterium succedat. Quod jus illorum temporum peperit superstitio. Cæterum neque fisci, neque monasterij successio simpliciter universalis est, qualis est hæredis, bonorum possessoris, &c. ut onera quoque agnoscere cogantur: licet enim teneantur respondere creditoribus, damnum tamen nullum sentiunt, si bona non sufficiant. *Nicol. Burg. ad consuet. Flandr. tract* 13. *n.* 10. Ex quatuor autem modis per universitatem succedendi hic propositis, unus est, per quem succeditur viventi, scilicet adrogatio: per cæteros succeditur defuncto.

Prius de hæreditatibus] In hoc explicando pars reliqua huius libri & novem priores tituli sequentis consumuntur, nisi quod tractatio de legatis & fideicommissis inseritur, propter argumenti conjunctionem. 3 Hæreditas propriè nihil aliud est, quàm universum illud jus, quod defuncto vel in defunctum tempore mortis eius competebat. Hinc illa apud nostros; Hæreditatis appellatio universitatem quandam ac jus successionis demonstrat, *l. bonorum* 208. *de verb signif.* Iuris nomen est, & ideò damnosam quoque hæreditatem continet, *l. hæreditatis* 119. *l pecunia* 178 §. 1 *eod.* Item hæreditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet, ut loquitur Papinianus in *l. hæreditas* 50. *de hær. pet.* Atque ut ostendant, eum hæredem dici, qui succedit in universum demortui jus, suscipitque eius rei commodum & incommodum, ideò hæreditatem definiunt esse successionem in universum jus, quod defunctus habuit, *l. nihil* 24. *de verbor signif. l. hæreditas* 62. *de reg. jur.* Propriè enim successio & succedere hæredis est, non hæreditatis: hæreditas verò illud jus, quod per successionem hæredis acquiritur, *tot. tit. de acquir. hær.* Atque ita ego definitionem istam explicare soleo, facem præluccente Ulpiano in *l.* 3. *in pr. de bon. poss.* Diligentius hæc excussi *sup. tit. de reb. corp & incorp.*

Vel ex testamento vel ab intestato] Acquisitio hæreditatis duabus hisce rebus constat, delatione, & delatæ susceptione. Ex delatione est jus & titulus acquirendi, in susceptione modus. Et ideò non antè acquiri hæreditas potest, quàm cùm delata est, *l. si quis* 21. §. 2. *de acq. hær.* & retrò delata esse intelligitur, quam quis potest adeundo consequi, *l. delata* 4 131. *de verb. sign.* Defertur autem hæreditas aut testamento, aut lege ab intestato, *l.* 1. *&* 2. *seq de hæred. pet.* unde hæredes alij testamentarij, alij legitimi; item hæreditas testamentaria & legitima, *l. in plurium* 70. *de acquir. hæred. l.* 6. §. 2. *quæ in fraud. cred.*

Sciendum autem est, primum agi hic de delatione hæreditatis directa: nam indirectò, hoc est, per fideicommissum, non testamento tantùm, sed etiam codicillis relinqui hæreditas potest; nec solùm testamento facto, verùm etiam ab intestato: & is, cui ex fideicommisso restituta est hæreditas, ex Senatusconsulto Trebelliano hæredis loco habetur: de quo demum *tit. de fideic. hær.* qui est antepenultimus huius libri. Deinde agi de hæreditate, quæ defertur & acquiritur jure civili: cæteroquin jure prætorio & bonorum possessor effectu hæres est, & bonorum possessio, quæ hic ab hæreditate separatur, vi ipsa nihil aliud, quàm hæreditas, *l.* 1. 2. 3. *de bon. poss. l. hæreditatis* 138 *de verb. sign.* Tantùm in tempore & modo acquirendi nonnulla dissimilitudo, ut videbimus suo loco *inf. de bon. poss.*

Quæ ex testamento obveniunt] Ordinarium fuit antè de judiciis testantium, deinde de successione ab intestato loqui, ait Ulpian. *l.* 1. *si tab. test.* nimirum quia prior semper ratio fuit hæreditatis testamentariæ, quàm legitimæ. Nam verbis legis duodecim tabularum, uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto, sic confirmantur judicia testantium, ut quàm diu hæc proferuntur, atque ex testamento adiri potest hæreditas, ab intestato non deferatur, *l. quamdiu* 39. *de acq. hær.* Quoniam autem ad hoc, ut testamento deferatur hæreditas, & acquiri possit, requiritur ut testamentum justum sit, hoc est, secundùm regulas & præcepta juris civilis ordinatum, ideò subjicit, necessarium esse, expositionem eius rei ab ordinatione testamentorum inchoare.

Ex omnibus per universitatem acquisitionibus, 5 quæ unquam apud Romanos fuerunt, sola apud nos in usu est ea, quæ fit per susceptionem hæreditatis: bonorum enim possessores nulli, sed hæredes omnes sunt & appellantur, qui vel ex testamento, vel ab intestato defuncto succedunt; eodemq; modo omnibus jure civili Batavorum hæreditas acquiritur. Acquisitio quoque per adrogationem, & ea, quam tribuebat pro conservatione libertatum bonorū addictio, nullum usum in hisce regionibus habere possunt, cùm nec adoptionis in totum ulla vis sit, nec servos agnoscamus, ut alibi relatum. Cæterùm duæ aliæ species acquisitionis per universitatem moribus nostris receptæ, quas ignorat jus civile Romanorum; una per nuptias; altera per voluntatem supremam præmorientis conjugis. Nam ex consuetudine generali Hollandiæ & West-frisiæ nuptiis contractis bona conjugum confunduntur & communicantur, nisi pactis antenuptialibus aliter cautum sit. Atque hinc stante matrimonio debita unius ex bonis alterius

exsolvi possunt. Habetque locum hæc confusio etiam in nuptiis repetitis. Utique tamen bona feudalia in hanc communionem non veniunt. Antiquitus quoque moris fuit, ut vidua liberos minores natu habens maneret in possessione & quasi dominio communis familiæ, fructusque sola perciperet, pro quibus liberos communes aleret, usque dum filiorum natu maximus persectæ ætatis factus esset: sed hodie hoc amplius non obtinet, nisi ultima voluntate aut etiam pactionibus id cautum reperiatur, *vid. D. Grot. lib. 2. manuduct. ad jurispr. Bat. c. 11. & 2 seq.*

TITULUS X.

De testamentis ordinandis.

Genera testamentorum obiter exposita, & ratio ordinis Iustinianei.

IN calce præcedentis tituli dictum est, cùm quæritur de acquirenda hæreditate quæ dicatur testamento delata, inprimis inspiciendum esse, an testamentum valeat, & ritè ordinatum sit; eamque ob causam etiam initium huius tractationis à doctrina de testamentis ordinandis; sive de ratione & modo testandi Imperatorem capere. Cæterùm cùm hæc doctrina ad omnium testamenta non pertineat, sed ad paganorum dumtaxat, & ex his ad ea, quæ fide privata ordinantur, quorum scriptorum alia forma sit, alia non scriptorum, ut omnis confusio vitetur, prius genera testamentorum obiter secernemus, explicaturi deinde, quomodo singula fiant iis in locis, ubi hoc tangit Imperator. Testamentum in genere nihil aliud est, quàm ultima voluntas, qua quis hæredem sibi sive bonorum successorem deligit. Et geminæ eius sunt species; unum commune omnium civium Romanorum, quod paganicũ appellatur; alterum proprium militum, quod ideò militare. Utrumque rursus vel scriptum est, vel non scriptum, seu nuncupativum, § *ult. inf eod. & §. 1. in. seq.* Et commune sive paganicum iterum vel publica fide ordinatur, *l. omnium 19 Cod. hoc tit.* vel fide privata. Cùm autem sola paganorum testamenta, quæ quidem fide privata fiunt, adstricta sint legibus, quæ ad solennitatem ordinationis pertinent, militaria his omnibus soluta, sciendum est, nihil eorum, quę de his in conficiendo testamento observandis hoc loco & passim aliis eiusdem argumenti simpliciter traduntur, ad militaria testamenta pertinere; adeoque in toto jure, cùm simpliciter testamentum nominatur, commune sive paganicum intelligi. Paganorum testamenta ut rectè fiant, & jure civili rata sint, in hisce tribus positum est; in persona testantis; in forma testandi & modo; in rebus, quas testamentum necessariò complecti debet. Quod Gaius *in l. 4. hoc tit.* sic expressit; *Si quæramus*, inquit, *an valeat testamentum; in primis animadvertere debemus, an is, qui fecerit testamentum, habuerit testamenti factionem: deinde si habuerit, requiremus an secundùm regulas juris civilis testatus sit* Regulæ verò istæ pertinent vel ad modum testandi, vel ad res, quas testamento, ut valeat, complecti necesse est. Atque hæc omnia etiam à Justiniano ordine tractantur: verùm orditur ille à testandi modo. De personis testantium agit secundo loco, *inf. tit. 12.* de rebus, quarum insertio ad vim testamenti necessaria, *tit. 13 & 14.* Recenset hic primum historiæ causas antiquas atque obsoletas testandi formas; deinde explicat, quo ritu posteà testamenta fieri cœperint, primùm per scripturam, deinde sine scriptura, voluntate palam nuncupata. Cæterùm hæc omnia pertinent ad ea testamenta, quæ fiunt fide privata. Publica autem fide si quis testari velit, quod hîc à Iustiniano omissum, poterit id facere vel coram Principe per supplicationem, vel apud acta judicis aut municipium; & tunc neque testes, neque alia solennitas desideratur, *l. omnium 19. Cod. hoc tit.* & ibi *Gloss. & DD. add Mynsing 6. obs. 29. Boër. decis. 228. Christin. vol. 4. decis. 7. num. 4.*

TEXTUS.

Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis sit.

NOTÆ.

TESTATIO MENTIS] Allusio potiùs, quàm *etymologia*; cujusmodi nostris sæpè obrepunt, *l. 1. de acq poss. l. 1. de novat. leg. 2. §. 2. de reb. cred. l. 35. §. 1. de mort. ca. don.* Definitionem habes apud Modest. *l. 1. D. h. t.* Ulpian. *tit. 20.* Vide Plura in comment.

COMMENTARIUS.

1 *Non proponi hic veram testamenti notationem, sed allusione quadam etymologica ostendi rei & vocis convenientiam.*

2 *Definitio testamenti, quæ Modestinum auctorem habet, examinata, & perfectiores productæ.*

3 *Testamentorum usum generaliter consideratum*

tum esse ex jure gentium; specialiter, ex jure civili.
3 *Apud plerosque populos tam liberam non fuisse, neque etiam nunc esse, testandi & legandi potestatem, quàm apud Romanos fuit.*

Quod testatio mentis sit] Allusione quadam etymologica ostendit rei & vocis convenientiam, imitatus S. Sulpitium, qui quo efficacius vim rei exprimeret, testamentum dixit esse verbū duplex, compositum à contestatione mentis. Estque hujusmodi allusiva derivandi ratio omnibus auctoribus admodum familiaris: in jocis venustas delectat: in rebus serijs etiam utilitate sua, quam in re declaranda habet, commendabilis. Qualis est illa Ciceronis, qui *lib. 1. de offic. fidem ex eo appellatam* scribit, *quia fiat, quod dictum est.* Item illa Augustini, quod *mentiri male dictum, quod sit contra mentem ire.* Similis est illa apud Priscianum: *argumentatio dicta est, quasi argutæ mentis oratio.* Apud nostros etiam crebro id genus occurrit. Talis est illa Pauli & Labeonis, qui possessionem appellatam scribunt à sedium positione, *l. 1. in pr. de aq. poss.* Et Ulpiani, qui ait, novationem nomen accepisse à nova obligatione, *l. 1. de novat.* Ejusdem generis inveniuntur & in *l. 3. de damn. inf. l. senatus, 35. §. 1. de mort. ca. don. l. 2. §. 2. de reb. cred.* Nec absimilis est illa Celsi, dicentis, jus à Justitia appellatum esse, *l. 1. in pr. de just. & jur.* Hæc autem & his similia licet non dicantur ex vero, speciosam tamen veri arguendi vim habent; sicuti exempla & comparationes fictæ non minus arguunt, quàm veræ. Nullamque omnino causam video, cur Servium allusionis propositæ auctorem carpat Aul. Gellius 6. *noct. Attic.* 12. aut in Justinianum tam inclementer invehatur Valla *lib. 6. elegant. 36.* ut dicat, eum explosam atque derisam etymologiam denuò inculcasse: dignus profectò ipse, qui sibilo explodatur. Quis enim nescit, testamentum esse verbum, non compositum, sed simplex? &, si de vera ejus originatione quæratur, dictum esse à testando? Quod autem convenit & verbo & simul rei, *testatio mentis*, fortuitum esse, nec in alijs verbis per hujusce modi formam productis idem evenire, atque ideo nec per similem allusionem declarari posse? Et irascor Gœdæo, qui in *l. nomen, 164. de verb. sign.* contendit, eamdem hanc derivandi rationem etiam accommodare posse verbis, *vestimentum, ornamentum, calceamentum*, & ejusdem productionis cæteris; lepida scilicet ratione, quia & sartor, sutor, &c. mentis judicio in opere faciundo utuntur, aut quia nemo sine mente se vestit, ornat, calceat. Et igitur si Gœddæo credimus, vestimentum ex eo appellatum rectè dici poterit, quod vestitio mentis sit; calceamentum, quod sit calceatio mentis. An igitur & excrementum, quod sit mentis excretio? Mallem dixisset, Cerberum se metuere, quàm hæc tam temerè atque inconsideratè effutisset. Apparet autem ex verbis hujus textus & disputatione Gellij, Justinianum & Servium non definitionem aut descriptionem aliquam testamenti sive ipsius rei proponere voluisse, sed indicare rationem nominis, ὅθεν ὀνόματαὠδη, ἤτοι ἐτημολογίαν. Quæ & Theophili mens est, licet aliud videatur doctissimo Salmasio *lib. de usur. cap. 1.* 2 Descriptionem testamenti habemus apud Modestinum, *l. 1. hoc tit. Testamentum*, inquit, *est voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.* Justam sententiam si accipimus solemnem, aut plenam, hoc est, integram & de omnibus bonis (utraque enim significatio huic verbo convenit) hac nota satis removebuntur codicilli. Expressior tamen est illa Ulp. *in frag. tit. 20.* qui sic definit; *Testamentum est mentis nostræ justa contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat.* Quod Modestinus voluntatis sententiam, Ulp. contestationem dixit, uti & in *l. qui testam. 10. §. & veteres, 8. hoc tit.* contestationem suprema: quoniam non est simplex voluntatis enuntiatio aut demonstratio, sed testata, hoc est, declarata & exposita apud eos, qui ut testes essent, rogati sunt; hoc modo: *Hæc uti in tabulis scripta sunt, ita vos, Quirites, testor. Itaque testimonium perhibitote.* Perfectissima autem erit definitio, si ita dicamus; *Testamentum est suprema contestatio in id solenniter facta, ut quem volumus, post mortem nostram habeamus hæredem.* Nam legata ad testamenti substantiam non pertinent, *l. 1. §. 3. de hæred. instit.* Quæri hoc loco solet, cui juri adscribenda testamenti factio, utrum 3 juri gentium, an civili. Dicendum est, si generaliter, simpliciter & indefinitè usus testamentorum consideretur, eum esse ex jure gentium, si specialiter & definitè; ex jure civili. Neque aliud interpp. sentiunt, cùm originem testamentorum ad jus gentium referunt, formam ad jus civile. Formam nimirum propriam & modum testandi peculiarem cujusque reipubl. Nemo enim, opinor, tam ineptus est, ut putet, rem ullam esse sine forma, aut simplicem & secundùm jus gentium testandi rationem, qualis in militum testamentis cernitur, forma carere. Breviter, ut liceat morituris disponere de rebus suis, ex jure gentium est; ut non aliter liceat, quàm hoc vel illo modo, ex jure civili. Hujus rei non leve argumentum est licet à posteriori concludat, quod apud omnes ferè gentes usu testamenta fuerunt, sive jus cavendi de eo, quod quis post mortem suam fieri vellet. Philosophorum supremas aliquot voluntates

refert Diog. Laertius in *vitis Philosoph.* Esaias Prophera annuntiat Ezechiæ regi Iudæ, ut domui suæ præcipiat, quasi mox morituro, 2. *Reg.* 20. & Tacitus de Germanis nostris, ut singulare aliquid notat, quod nullum apud eos testamentum esset, *lib. de morib. German.* Idem quoque arguit, quod miles, qui secundùm jus gentium testari creditur, deportatum hæredem instituere potest, *l.* 13. §. 1. *de testam. mil. junct. l.* 17. §. 1 *de pœn.* Et secundùm hæc ad populum Constantinus; *Nihil est*, inquit, *quod magis hominibus debeatur, quàm ut suprema voluntatis (postquam iam aliud velle non possunt) liber sit stylus, & licitum, quod iterum non redit, arbitrium, l.* 1. *C. de sacros. Eccles.* Reperiuntur tamen, qui testamenti factionem toto suo genere juris merè civilis esse contendunt, ac ne illud quidem nobis concedunt, quod dicimus, rem ipsam simpliciter & per se consideratam esse juris gentium. Negant rationi & simplicitati juris gentium convenire, ut quis disponat de re non sua: id autem eum facere ajunt, qui disponit in id tempus, quo dominus esse desinit. Sed assumptio hæc falsa est. Non enim de re aliena, sed sua, nimirum eo tempore, quo adhuc dominus est, testator disponit, & quid fieri velit, ordinat: licet executionem voluntatis in tempus mortis suæ suspendat. Quod non magis pugnat cum ratione naturali, quàm si quis bona sua omnia alicui donaret ea lege, ut ipse, quoad vivat, usum possessionemque eorum retineat. Nam, ut rectè docet D. Grotius, *lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 6. n.* 14. testamentum vi ipsa nihil aliud est, quàm alienatio in mortis eventum, ante eam revocabilis, retento interim jure possidendi ac fruendi. Ex eo quoque, quod successio, quæ jure sanguinis ab intestato defertur, revera ex jure communi est, malè colligas, alienũ esse à ratione ejusdem juris, ultima voluntate de bonis suis cavere. Etenim ne illo quidem jure putandum est, defuncti bona simpliciter addici proximis, sed in defectum supremæ voluntatis ejus, qui dominus fuit, *arg. §. per traditionem*, 40. *sup. de rer. div. d. l.* 1. *C. de sacr. Eccles.* quem naturæ legis ordinem etiam in deferenda hæreditate lex duodecim tabularum secuta est. Reliqua, quæ contra objiciuntur, parvi ponderis sunt. Quale est illud, quod Papinian. scribit, testamenti factionẽ non privati, sed publici juris esse, *l.* 3. *hoc tit.* Nam si jus publicum propriè accipimus, quod utilitate publicum est, ut in divisione juris proposita, *§ ult. sup. de just. & jur. l.* 1. *§* 2. *eod.* testamenti factio juris privati est. Publici autem juris esse dicitur oppositivè ad contractus & conventiones, quia auctoritate publica est, *l.* 1. *ad leg. falc. l. verbis*, 120. *de verb. sign.* nec ut contractus, privati cujusque arbitrio, sed legum potestate regitur, *l. ult. de suis & leg. her.* quanquam & quæ ad jus publicum propriè pertinent, magnam partem ex moribus & institutis aliarum gentium Romani petierunt. Quod pluribus exposui ad *d. §. ult.* Neq; majoris momenti est, quod de deportato profertur, eum nec testamentum facere, nec ex eo capere posse, *l.* 8. §. 1. *hoc tit. l.* 1. *C. de her. inst.* qui tamen omnia, quæ sunt juris gentium, retinet, *l. sunt quidam*, 17. §. 1. *de pœn.* Nam nec matrimonium contrahere potest, nec patriam potestatem, nec tutelã, nec jus successionis cognationi tributum retinet. Nimirũ etsi hæc omnia ex jure gentium, tanquam ex communi fonte populus Romanus hauserit, propria tamen sibi fecit, & à communione eorum arcuit peregrinos. Neque enim hoc dicimus, testamentũ esse juris gentium, quo modo contractus & commercia juris gentium esse dicuntur: sed ex jure gentiũ & civili ita conflatum, ut, quamvis hic præcipuæ partes sunt juris civilis, & ob id etiam inter ea quæ juris civilis sunt, testamentum numerandum, tamen numerandum inter ea, quæ mixti juris sunt, non quæ merè civilis & positivi: quoniam ex ratione juris gentium est, ut quis moriturus de bonis suis possit disponere: quo sensu etiam in Institutionibus Græcis inter exempla juris gentium refertur τὸ ἀληθινὰς συγγράφεσθαι. *tit. de jur. nat. gent. in pr* revise ad ea, quæ sub §. 1. *etusd. tit.* à nobis tradita sunt. Illud planè ridiculum est, quod ex eo, quod Tacitus scribit, apud Germanos suo tempore usum testamentorũ non fuisse, nonnulli colligunt, testamenti factionem cum jure gentium non consentire: nam usum quoque emptionis & venditionis Germanos ignorasse idem Tacitus eodem loco prodidit, cum apud eos nummus non esset: & ellebrosi hominis est, ex usu unius populi & rudis adhuc de jure gentium indicare, *add. doctiss. Vigl. ad* §. 2. *hoc tit.* Adjicio ἐν παρόδῳ, multis visum è republica aliquando esse, nimiam testandi & legandi libertatem præcidere, præsertim in Optimarum statu, & hactenus, ut ne cui liceat prædia paterna aut avita legare. Quin etiam Bodinus, *lib. 5. de repub. c.* 2 auctor est, solis Athenienſibus usurpatam fuisse infinitam legandi licentiam, eamque Decemviros à Solone acceptam in duodecim tabulas retulisse, & populo Romano proposuisse his verbis; *Uti quisque legassit suæ rei, ita ius esto, l. verbis legis*; 120. *de verb. signif.* Cæterarum autem gentium omnium unam legem fuisse, ne prædia testamento legare liceret: eoque jure adhuc Polonos, Danos, Suecos, alioſque populos uti. Nos scimus, idem fere etiamnum obtinere in Geldria, & Diœcesi Trajectina, locis Bataviæ nostræ proximè adjacentibus. Excepta apud nos sunt 4

bona

bona feudalia, quæ testamento dare, legare non licet indulgentia Ordinum hujus provinciæ. At impetrata de his testandi licentia, potest Vasallus feudum, cui velit testamento relinquere, modò is, cui relinquitur, ex justo matrimonio procreatus sit. Et potest hoc facere etiam sine permissu ejus, qui proximus feudi dominus est, & sine consensu successorum feudi ab intestato. Simplex indulgentia non plus juris Vasallo tribuit, quàm ut semel de bonis feudalibus directo disponere possit vel instituendo vel legando: plures autem gradus faciendi potestas aut substituendi sive directò sive per fideicommissum non aliter competit, quàm si hoc quoque specialiter diplomate comprehensum fuerit, *Grot. 2. manuduct. c. 42. & ib. Groenevv. in not. notabil. feud. §. 24.* Apud Ultrajectenses etiam simplex indulgentia potestatem substituendi tribuit, sed semel duntaxat.

TEXTUS.

1. *Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est, olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse; quorum altero in pace & otio utebantur, quod calatis comitijs appellabant: altero, cùm in prælium exituri esset, quod procinctum dicebatur. Accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur per æs & libram, scilicet quod per emancipationem, id est, imaginariam quandam venditionem agebatur, quinque testibus & libripende, civibus Romanis puberibus præsentibus, & eo, qui familiæ emptor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinẽ abierunt: quod verò per æs & libram fiebat, licet diutiùs permanserit, attamen partim & hoc in usu esse desijt.*

NOTÆ.

1. NIHIL ANTIQUITATIS] Senec. *6. de ben. 1. Etiam quod discere supervacuum est, prodest cognoscere.*

CALATIS COMITIIS] Calato seu convocato per lictorem curiarum populo, testamentorum confirmandorum causa: curiata enim hæc erant comitia, non centuriata aut tributa. Gell. *lib. 15. c. 27.* Gruch. *in præf. lib. de comit.* In Glossis: *calata comitia, ἀγοραστικὰ διὰ τῶν ἱερέων γενόμενα.* Vide infr. in comm.

PROCINCTUM] Malim, *in procinctu*, ut apud Cic. *2. de nat. Deor. 1. de orat.* Ulp. *tit. 20. §. 1.* Fest. Gell. *ubi sup.* Nam procinctum testamentum non dicimus, sed procinctum militem, exercitum Amnian. 18. *Procinctus adventans*; id est, *exercitus.* Gloss. lat. gr. *in procinctu. Διαθήκη ἐν παρασκευῇ πολέμου ἀσφαλοῦς*; & *endo procinctu, ἐζωσμένοι ἐν πολέμῳ.* Plutar. *in Coriol.* Vell. Paterc. *lib. posteriore.*

PER ÆS ET LIBRAM] Gell. *ubi sup.* unde hæres per æs & libram apud Cic. *2. de legib.*

PER EMANCIPATIONEM] Emancipare & mancipare propriè est ære & libra vendere, & in dominium alicui tradere. Horat. *Si proprium est, quod quis libra mercatur & ære*, per translationem prædicatur de qualibet alienatione & subjectione. Plaut. Bacch. & Curcul. Cic. Phil 2. & Cat Maj.

IMAGINARIAM VENDITIONEM] Imaginaria dicitur, quia pretium non interveniebat; sed *τέμαχον* sestertius nummus, *v.* Cujac. *10 obs. 37.*

QUINQUE TESTIBUS] Aderant præter libripendem testes quinque, cives Rom. puberes, certisque verbis hic actus perficiebatur. v. Ulpian. *tit. 19. §. 2. & tit 20. §. 1. & 8.* & Boet. *in Top.* ubi ex Caio etiam formulam mancipationis refert, add. Salmas. *de usur. c. 8.*

FAMILIÆ EMPTOR] Suet. *Neron. c. 4. Familiæ emptor*, id est hæreditatis; qui initio erat ipse hæres futurus, *§. 10. inf. eod* postea autem alius ab hærede, manceps fiduciarius, qui hæredi familiam romanciparet. Theoph. quod Plutarcho *lib. de ser. num. vind.* absurdum videtur.

IN DESUETUDINEM] Causam te docebit Th.

COMMENTARIUS.

1 *Comitiorum genera obiter exposita; & ostensum quibus comitijs testamenta fieri solebant.*
2 *De testamento, quod veteribus endo procinctu.*
3 *De testamento per æs & libram.*
4 *Quando superiora genera testamentorum in usu esse desierint.*

QUO ratio juris de forma & modo faciendorum testamentorum postea constituti facilius & perfectius intelligatur: necessarium putavit Iustinianus, à primordio rem totam repetere. Et sunt sanè multa in jure novo & posterioribus temporibus constituto, quæ sine veteris notitia perfectè intelligi non possunt: idque non tantùm in re hic proposita, sed etiam in plerisque alijs juris Iustinianei partibus accidit. Accommodari huc potest illud Senecæ, *lib. 6. de benef. c. 1. Etiam quod discere supervacuum est, prodest cognoscere.* Ait autem, primis temporibus duo genera testa-

mentorum populo Romano in usu fuisse, quorum altero, quod calatis comitiis dicebatur, utebantur in pace & otio; altero, quod procinctum, cùm in prælium procincti educerentur: accessisse autem postea & tertium genus, quod per æs & libram fiebat. Atque hujus rei testem habemus etiam Aulum Gellium, qui *lib. 15. noct. Attic. c. 27.* sic scribit; *Tria genera testamentorum fuisse accepimus; unum, quod calatis comitijs in concione populi fieret; alterum, quod in procinctu, cùm viri ad prælium faciendum in aciem vocabantur, tertium per familiæ emancipationem, cui as & libra adhiberetur.* Idem quoque tradit Ulpian. *in fragm. tit. 20.*

Quod calatis comitijs appellabant] Tribonian. non satisfacit studiosis antiquitatis, dum hoc genus indicat, non exponit. Sed & interpretes parcius de eo agunt, nec explent desiderium hominis curiosi. Quamobrem ne quid antiqui moris ignoretur, videndum est, quænam ista comitia, quæ Iustinian. Ulpian. & Gellius calata appellant, fuerint; & unde 1 hoc iis solis nomen, quod videtur omnibus communiter convenire. Patet ex scriptis veterum, maximè Ciceronis, Livij & Dionisij Halicarnass. tria fuisse, eaque diversa comitiorum genera; curiata, centuriata & tributa: quorum antiquissima curiata. Nam ex quo Curiæ primùm à Romulo institutæ sunt, usque ad tempora Servij Tullij sexti Romanorum regis, omnia, quæ suffragiis populi à regibus committebantur, curiatis comitijs peracta fuere: ut ex eo intelligi potest, quod necdum centuriæ, nec tribus erant, quæ suffragium dicere possent. Itaque non modo reges, sed cæteros etiam magistratus curiatis comitijs creatos fuisse interpretandum est, cum apud auctores reperimus, à populo eos creatos: & leges omnes quæ ad illud usque tempus latæ sunt, curiatæ fuerunt: & judicium Horatij à populo curiatis comitiis peractum est. At post classes à Servio rege institutas, tum duo cœperunt esse comitiorum genera, curiata, & centuriata: atque illis duobus tantùm usus est populus usque ad judicium Coriolani: qui fuit annus ab urbe condita 263. quo primum instituta sunt tributa comitia; & curiata minus ex eo tempore frequentari cœperunt. Curiata comitia dicebantur, in quibus populus curiatim suffragium dicebat, hoc est, in quibus populus per curias divisus sententiâ rogabatur; ut quod plures curiæ statuissent, id jussum populi diceretur: nec auspicato fieri poterant, nisi intra pomœrium, idque in foro, adeoque in comitio. Centuriata erant, quibus populus per classium centurias divisus suffragium ferebat, ita ut suffragia colligerentur centuriatim, & quod plures centuriæ jussissent, id jus ratumq; esset. Hæc intra pomœrium haberi non poterant: locus eis destinatus, erat campus Martius. Tributa comitia dicta, cùm populus tributim sive per tribus divisus suffragiũ iniret, in quibus quod plures tribus jussissent aut vetuissent, spectabatur. Hæc autem diversa fuisse à curiatis, argumento est, quod tribus à curijs semper diversæ fuerunt; quodque, intra aut extra pomœriũ haberentur, nulla religio erat. Ius habendi comitia solus magistratibus fuit, nisi de sacris esset agendum; & quidem solis patricijs & majoribus magistratibus curiata & centuriata; tributa etiam tribunis plebis. Sacrorũ autem causa Pontifices jus habuerunt vocandi comitia tam centuriata, puta creando regi sacrificulo, quam curiata: nam fallitur D. Wesemb. dum existimat, magistratus coegisse centuriata comitia, calata pontifices. Causæ habendorum comitiorũ variæ; ad creandos magistratus aut confirmandos; ad leges ferendas, judicia exercenda, sacerdotes inaugurandos, detestationis sacrorum, adrogationum, & testamentorum faciendorũ causa: nec tamen unæ omnium, nec eædem omnium omnibus temporibus. Singula exequi ad institutũ non opus est: adeundi Nicol. Gruchius & Carol. Sigonius, qui de comitiis Rom. scripserunt ex professo. Cùm igitur præter ea, quæ diximus, nulla alia fuerint comitia, necesse est, calata, quorũ hic mentio fit, speciem unorum ex his fuisse. Non fuere autem centuriata: alioqui sequeretur, nec in urbe testari. Quirites potuisse, nec omnino primis temporibus testari ante tempora Servij regis, à quo primùm centuriata comitia instituta sunt. Multo minus putandum est, hæc comitia tributa fuisse: quippe quorum usus nullus fuit ante judicium Coriolani. Relinquitur ergo, ut curiata fuerint, quæ sola primis temporibus, cùm in concione testamenta fiebant, in urbe haberentur. Idque etiam Gellius nõ obscurè indicat loco superiùs citato, cùm ait, ijsdem comitijs calatis sacrorũ detestationes & testamenta fieri solita. At ante legem Papyriam quæ vetuit, ædes, terrã, aram consecrare injussu plebis, teste Cicer. *pro dom.* consecrationes à põtificibus factas curiatis comitiis docet. Gruch. *lib. 3. de comit. Rom. cap. 2.* Igitur quod in concione calatis comitiis testamenta olim fieri solita dicuntur, calatis comitiis, hoc est, convocato testamentorum confirmandorum causa populo, non centuriatim sive per centurias classium, ut D. Viglius existimat, neque per tribus, sed per curias, idque à collegio pontificum. Ex eo autem quod veteribus frequens usus erat verbi *calo*, quod Græcum est, unde nomina *calendæ*, *curia calabra*, *classis*, &c. *Macrob. 1. Saturn. 5.* existimare licet, initio comitia omnia calata fuisse: sed postea cùm id verbum

bum in usu esse desiit, nomen calatorum comitiorum in his tantùm, quæ pro collegio pontificum haberentur, retentum esse; idque religionis & antiquitatis causa. Gellius sanè, *d. lib. 15. c. 27.* refert, in libro Lælij Felicis ad Q. Mucium primò scriptum esse, Labeonem scribere, calata comitia esse, quæ pro collegio pontificum haberentur, aut regis sacrorum, aut flaminum inaugurandorum causa. Et paulò post, iisdem comitiis & testamenta condita. Ac credibile est ideò pontifices testamentorum factionibus præfuisse, quia sacra, quæ ad eos pertinebant, unà cum hæreditatibus transferrentur. Vicem horum testamentorum exhibere scribit D. Viglius, quæ præcibus Principi oblatis inseruntur, juxta *l. omnium 19. C. h. t.* Nam Principem post legē regiam quodammodo universum populum repræsentare. Sed & testamentum, quod in acta magistratus municipúmve refertur, eius, quod calatis comitiis fiebat, quadantenus locum scribit, quia & ipsum publica fide fit, & quasi totius civitatis, *d. l. omnium.*

2 *Quod procinctum dicebatur*] Alterum testamenti genus antiquitùs usurpatum, cùm ad pugnam ituri essent; incerti an essent redituri, procinctum appellatum esse ait; pro quo malim *in procinctu:* nam testamentum ineptè procinctum dixeris; licet Theophilus quoque *procinctum* legat, ut verisimile sit ita Tribonianum scripsisse. At enim veteres ita locuti non sunt, ut hoc epitheton ipsi testamento apponerent: sed procinctum militem, procinctum exercitum, procinctam classem dicebant, id est, multitudinem hominum ad prælium instructam & paratā; eò quòd togis incincti olim pugnabant, quo expeditiores essent, teste Festo. hinc *procinctus*, pro *exercitus.* Ammian. *l. 18 procinctus adventans.* Testamenta autem, quæ pugnaturi instructa acie nuncupabant, *endo procinctu* vel *in procinctu* appellabant. Gloss. Lat. Græc. *endo procinctu* ἐζωσμένοι ἐν πολέμῳ. Lucilius Balbus apud *Cic. 1. de nat. Deor.* non procul à principio; *Itaq; maximæ reipublicæ partes, in his bella, quibus reipublicæ salus continetur, nullis auspicijs administrantur, nulla perennia servantur, nulla ex acuminibus, nulli viri vocantur, ex quo in procinctu testamenta perierunt,* & *lib. 1 de Orat.* apud eūdem Antonius, *Qui duos filios suos parvos tutelæ populi Romani commendasset, ac se tamquam in procinctu testamentum faceret sine libra aq; tabulis, populum Rom. tutorem instituere dixisset illorum orbitati.* Ita quoque Festus Gellius, Ulpianus *dd. loc.* Plutarchus *in Coriolan.* ita hanc rem explicat; Erat eo tempore, inquit, mos Romanis prælium inituris scutaque sumpturis, περιζώννυσθαι τὸ ἱμάτιον, *præcingere togam*, simulque διαθήκας ἐγγράφους, *testamenta sine scripto* facere, & tribus aut quatuor audientibus hæredē nuncupare.

Quod dicebatur per æs & libram] Ἀπαίσιον, ut scribit Theophilus, hoc est, *nauspicatum* veteribus visum fuit, sano & valente corpore testamentum facere velle, extra quam si præsens periculum foret, veluti si in hostem pugnandum esset; aut comitia testamentis faciendis ex professo haberentur: quod bis tantùm in anno, si eidem Theophilo credimus, fiebat. Sed cùm hinc eveniret, ut ne ægrotantibus quidem semper libera esset testamenti factio, nec fœminæ, quibuscum nulla comitiorum communio erat, teste Gellio *lib. 5. cap 19.* ulla ratione testari possent, excogitata posteà est tertia testandi ratio, secundùm quam & quovis loco ac tempore, & fœminis etiam suprema judicia ordinare liceret. Hic modus testandi per æs & libram dictus, quia per mancipationem, in qua æs & libra adhibebatur, fiebat: unde hæres per æs & libram apud Ciceronem *2. de legib.* Et sciendum est, Romanos primis temporibus ære gravi atque argento rudi, non signato, usos fuisse pro pecunia, atque hæc appendere, non numerare solitos: signata pecunia demum post Pyrrhum Regem devictum uti cœpisse, eamque numerare, auctore *Plinio lib. 33. cap. 3.* Verba tamen vetera etiam posteà retenta sunt, ut, pendo, appendo, expendo, nominaque ab his derivata; & imago quædam vetusti moris in venditione atque alienatione rerū mancipi, quæ uno verbo mancipatio dicitur, (Cicero *in Top.* traditionem nexu vocat, propterea quod hæc mancipationem sequebatur) nimirum ut is, in quem hæ res transferebantur, eas emeret à domino ære & libra, appenso ei νόμῳ χαλκοῦ, dicis causa, nummo uno. Atque hoc modo plenissimo & optimo jure dominium in accipientem transferebatur, pleno scilicet jure Quiritium; cùm alioqui bonitarium duntaxat transiret. Quo accommodandum illud Horatij:

Si proprium est, quod quis libra mercatur & ære,

Aderant præter libripendem quinque testes, cives Romani, puberes, certisq; verbis hic actus perficiebatur, *vid. Ulp. tit. 1 §. 11. & tit. 19. §. 2. & Boët. in Top. Cic.* apud quem etiam extat mancipationis formula *Is*, inquit, *qui mancipio accipit, as tenens ita dicit; Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isq; mihi emptus est hoc ære aeneaq; libra. Deinde ære percutit libram, indeq; as ei dat, à quo mancipio accipit, quasi pretij loco:* ita rectè eum locum emendat vir omni prædicatione dignus, sed omni maior, Cl. Salmas. *l. de us. c. 8.* Traductum hoc posteà & ad translationes universitatis bonorum, ut futurus successor familiā, id est universam substantiam testatoris ἐκκοπτικῶς emeret, quo post mortem eius hoc tanquam justo titulo bona possidere intelligeretur. Eadem quoq;

solem

solemnitas adhibita fuit in adoptionibus & emancipationibus liberorum, ut alibi vidimus.

Quod per emancipationem] Ita quoque Theophilus Aul. Gellius, *lib.15.c.27. per familiæ emancipationem*, nec video, cur potius legendum *mancipationem*: quod vult D. Bachovius. Etenim veteres non minus verbo *emancipare* quàm *mancipare* utuntur, pro mancipio dare, tradere, vendere, alienare. Cicero de Senect. *Ita Senectus honesta est, si nemini emancipata est.* Plaut. *in Bacch. Nunc mulier tibi me emancipo, tuus sum.* Horat. *epod* 9.

Romanus (eheu posteri negabitis)
Emancipatus fœmina
Fert vallum & arma miles.

id est, δεδουλωμένῳ τῇ γυναικί. Tranquillus *in Othone c.4. Cuidam cum vicino de parte finium litiganti adhibitus arbiter totum agrum redemit, emancipavit q.* Plinius *lib.7. epist.*18. *Agrum ex meis longè pluris exactori publico emancipavi.* Cicero 2. *Philip. Tum iste venditum atque emancipatum tribunatum consiliis vestris opposuit*, quo tamen loco non ignoro etiam *mancipatum* legi.

Imaginariam quandam venditionem] Duabus de causis venditionem hanc imaginariam fuisse scribit Hotomannus: primum quia revera venditio non erat, sed liberalis bonorum omnium translatio cùm dicis tantùm causa nummus unus appenderetur testatori: deinde quia familiæ emptor, in quē tanquam in hæredem ea bona per mancipationem transferebantur, hæres non erat, sed alius ab hærede. At oportebat distinguere tempora: nam quo tempore hæc testandi ratio primùm introducta est, ipse hæres futurus familiam emebat: quod bis hoc loco testatur Theophilus, & intelligere licet ex §. *sed neque* 10. *inf. eod.* Progressu autem temporis, cùm ut credibile est, quod veterum simplicitas & probitas anteà non consideraverat, experimentis compertum esset, eam rem testatori periculosam esse; atque insuper etiam causam odij in testatorē, invidiæ in hæredem, legitimis successoribus præbere: receptum est, ut palam quidem solemnitas adimplendæ causa familiæ emptor adhiberetur, sed qui ut manceps fiduciarius, hæredi seorsum in tabulis clausis scripto, mortuo testatore, familiam remanciparet. Cuius rei causam cùm Plutarchus non intelligeret, in libro, cui titulus est, *de sera numinis vindicta*, de Romanis loquens sic scribit, ὅταν διαθήκας γράφωνται, ἑτέρας μὲν ἀπολείπουσι κληρονόμους, ἑτέροις δ' πωλοῦσι τὰς οὐσίας· ὅθεν εἰκὸς παράλογον. Transferātur huc verba Ulpiani ex *tit.*20. § 8. *In testamento*, inquit, *quod fit per æs & libram duæ res aguntur, familiæ mancipatio & nuncupatio testamenti. Nuncupatur testamentum in hunc modum; Tabulas testamenti testator tenens, ita dicit; Hæc uti his tabulis certisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor: itaq; vos Quirites testimonium perhibetote*, quæ nuncupatio & testatio vocatur.

Priora duo genera in desuetudinem abieruni] Recepto usu testamenti per æs & libram, priora illa duo minus frequentari cœperunt, paulatimque abiere in desuetudinem. Et quidem jam ætate Ciceronis perierant testamenta in procinctu, sicut ipse testatur, *lib.2. de nat. Deor.* sed nec testamenta calatis comitiis arbitror diu posteà mansisse: quod colligere mihi videor ex verbis Labeonis, qui apud Gellium *d. lib.15.c.27.* sic scribit: *Iisdem comitijs, quæ calata appellari diximus, & sacrorum detestatio & testamenta fieri solebant.* Utitur Labeo verbo temporis præteriti: ut intelligamus, olim ista fieri solita, suo autem tempore duo ista genera calatorum comitiorum in usu amplius non fuisse: & perperam Bachovius ex eo, quod Labeo eodem loco scribit, tria genera testamentorum fuisse, in procinctu, calatis comitiis, per æs & libram, colligit, ætate Labeonis, atque adeò Gellij testamenta calatis comitiis adhuc usu fuisse: nam eadem ratione colligas, eodem tempore viguisse adhuc testamenta in procinctu: quod falsum esse constat ex d. loco Ciceronis. Illud utique certum est, tempore mediæ jurisprudentiæ comitiis testari desitum fuisse testis Ulpian. *in frag. d. tit.*20. §. 1. 4

Quod verò per æs & libram, &c.] Priora illa duo testamentorum genera jam diu exoleverant, cùm per æs & libram adhuc frequentaretur. Ulpianus d. loco scribit, suo tempore id solùm in usu fuisse, nimirum ex testamentis, quæ ad jus civile pertinebant, scilicet prioribus illis duobus abolitis: nam secundùm formam à prætore introductam, & juris mixti eo tempore testamenta quoque fieri solita, multis auctoritatibus doceri potest, *l. ad testium* 22. § *si quis l. pen hoc tit. cum similib.* & apud Ciceronem quoque non uno in loco mentio fit testamentorum obsignatorum. Ait, *Partim & hoc in usu esse desinit.* An hoc ideò dicit, quia familiæ emptor posteà alius esse cœpit ab hærede. Sed hoc factum jam olim, & stante adhuc repub. Arbitror, Justinianum hoc significare voluisse, cùm in testamento, quod per æs & libram fiebat, duæ res anteà agerentur, familiæ mancipatio & nuncupatio testamenti, solemnitatem familiæ mancipandæ paulatim exolevisse: solùm alterum, nuncupationem scilicet testamenti, sive solemnem voluntatis contestationem, & quodammodò numerum testium usque ad sua tempora mansisse; sicut apparet ex mixta testandi forma, qua posteritas uti cœpit, §.3 *inf. eod.* quo loco hoc innuit ipse Justinianus. Illa mera somnia sunt, quæ à quibusdam afferuntur, ideò testamenta

per æs

æs & libram desiisse fieri; quia emptio ista bonorum testatoris visa sit esse contra bonos mores, & pactum de futura successione, quod votum captandæ mortis inducat: neque enim vera emptio erat, aut hic eius effectus ut testamentum mutare non liceret; nec idem jam olim hæres, qui familiæ emptor: & Theophilus, quem aiunt eandem huius desuetudinis rationem reddere, tantùm indicat, cur alium emptorem familiæ, alium hæredem esse placuerit: quanquam & ipse fallitur, dum id Iustinianum hoc loco sentire existimat.

TEXTUS. P. R.

2. *Sed prædicta quidem nomina testamentorum ad jus civile referebantur. Postea vero ex edicto prætoris forma alia faciendorum testamentorum introducta est. Iure etenim honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, cùm jure civili signa testium non essent necessaria.*

NOTÆ.

2. NULLA MANCIPATIO] Et ideò tale testamentum jure civili non subsistebat prætor tamen ex eo dabat bonorum possessionem secundùm tabulas. Ulp. *tit. pen. §. 5.*

SED SEPTEM TESTIUM] Prætor duos testes in locum libripendis & familiæ emptoris surrogavit: cui simile apud Clium *lib Inst.* 6.

COMMENTARIUS.

1. *Nimiæ curiositatis esse, velle indagare, cur in omnibus emancipationibus placuerit minimum quinque testes adesse, confutatis plerorumq; rationibus.*

AD *jus civile referebantur*] Opponitur hoc loco jus civile prætorio: quod cùm sit, cæteras partes juris civilis intelligere debemus, quæ scilicet ex legibus, plebiscitis, Senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentum veniunt, *l. 7. de just. & jur.* Sine ulla autem ratione est, quod D. Hotomannus cum præterito jure hic comparari existimat id tantùm jus, quod auctoritate prudentum, à quibus & formulæ aliæque solemnitates profectæ sunt, introductum est: nam testamentorum usus in comitiis & procinctu antiquior est ipsis 12. tabulis quibus tamen posterius est jus, quod à consultis compositum est, & communi nomine appellatum civile, *l. 2. §. his legibus 5. de orig. jur.* Et modi alienandi per nexum & mancipationem ex lege 12. tabularum descendunt. Planè imaginariæ mancipationes inventum sunt Iurisconsultorum; nec dubito, quin etiam testamentum per æs & libram, solemnitate emancipationis rerum singularum inter vivos producta ad alienationem bonorum omnium per ultimam voluntatem.

Iure honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa] Testandi ratio jure prætorio introducta, simplicior est atque expeditior, quàm illa juris civilis per nexum & imaginariam mancipationem: quippe cùm prætor nihil aliud desideraret ad vim testamenti, quàm ut id septem testibus propositum atque ab iis obsignatum esset. Licet enim tale testamentum jure civili non subsisteret propter defectum mancipationis: tamen prætor secundùm illud bonorum possessionem scriptis in eo hæredibus dabat. *Vlp. tit. pen. §. 5.* Ait, *septem testium signa.* In eo, quod jure civili fiebat per æs & libram, non plures testes necessarii, quàm quinque: qui numerus legitimus erat in omni mancipatione. Sed Prætor, ut solemnitatem juris civilis contemperit, numerum tamen civium, quem adesse in testamentis oportebat, minui noluit: ideoque duos testes in locum libripendis & emptoris familiæ surrogavit. Simile huic est, quod apud Gajum 1. *Instit. tit. 6. §.* legimus, *in emancipationem liberorum, cùm anteà quinque testes cum libripende & antestato intervenirent, posteà pro libripende & antestato duos alios testes adhibitos, ut septem testium numerus impleretur.* Nimiæ autem curiositatis est, indagare 1
velle, cur placuerit, in omnibus mancipationibus minimum quinque testes præsentes esse. D. Giphanius & Bachovius suspicantur, originem huius quinarij numeri ductam à numero quinque classium, quas Servius Tullius instituit, atque ad huiusmodi actus confirmandos singulos testes è singulis classibus initio accitos fuisse, ut quodammodo coram universo populo celebrari viderentur; proinde quasi singuli testes suam classem, universi populum universum repræsentassent. Nec obstare ait D. Bachovius, quod Dionys. Halicarnassensis scribit, non quinque, sed sex classes à Servio rege institutas: nam sextam classem, quæ infimi census erat, contemptam & nullo penè loco habitâ fuisse. Mihi hæc coniectura doctissimorum virorum nulla probabili ratione niti videtur. Nam si per quinque istos testes populum repræsentari veteres intellexissent, numerum istum non auxisset in suo testamento Prætor. Deinde voluntas populi non ex numero classium sed centuriarum censebatur; nec quòd plures classes, sed quòd plures centuriæ jussissent, id ratum habebatur; unde si vel primæ

classis centuriæ (quæ reliquam multitudinem tribus centuriis superabat) convenissent, secundæ aut inferiorum classium non vocabantur. Quapropter si Bachovij rationem sequamur, potuit vel unus testis sufficere, ut actus coram maiore parte centuriarum celebratus videretur, civis maximi census, primam classem, hoc est, nonaginta & octo centurias repræsentans, *vid. Dionys. Halicarn. lib. 4.* Nec Festo classici testes, quos dictos ait, qui testamentis signandis adhibebantur, sunt testes ex singulis classibus collecti, sed cives Romani; eo quòd cives omnes in classe aliqua censebantur, & qui classem non habebant, nec cives Romani erant: quomodo & Jos. Scaliger hoc accepit. Errat enim Calepinus, qui putat, per classicos testes Festum intellexisse homines primæ classis, aut primæ dignitatis: nam satis fuisse constat si viri honesti essent & integræ famæ: quanquam antiqui etiam ita locuti sunt, ut classicos dicerent, non omnes, qui in classibus erant, sed primæ tantùm classis homines: unde per translationem auctores classici appellati, primæ notæ assiduí, non proletarij scriptores, *vid. Gell. lib. 7. c. 23. & l. 19. c. 8.* Sunt, qui ideò quinque testes adhibitos scribunt, quia totidem tribubus populus constabat Timæ, *Fab. disp. anniversf. 18. Hopper. hic in not.* qui magna in antiquitatis ignoratione versantur: nusquam enim invenias, populum unquã in quinque tribus divisum fuisse: quod quidem Faber etiam fatetur; sed existimat, à Romulo tres tribus factas, easque duplicatas à Tarquinio Prisco: itaque vice populi sex testes adhibitos, quorum tamen unus nomen ac munus libripendis assumeret. At enim si Livio credimus, nullæ tribus à Romulo factæ; quæ quidem universam multitudinem continerent: sed tres modò equitum centuriæ, ex omni multitudine selectæ, quarum numerum Tarquinius, quia videbat equitem maximè suis viribus deesse, posteà auxit. Et eodem auctore primùm factæ tribus quatuor à Servio Tullio partibus urbis distinctæ, quod & Dion. Halicarn. *lib. 4. confirmat.* quo loco etiam refert, Fabium scriptum reliquisse, agrum præterea universum in viginti & sex partes divisum fuisse; quas tribus rusticas si cum urbanis conjungas, fient tribus triginta Subiicit tamen, Venonium memoriæ prodidisse, triginta & unam tribus sub rege Servio fuisse. Libro autem septimo apud eundem de judicio Coriolani sic scriptum repetimus; *Cùm una & viginti cum tribus Romæ essent, quæ missæ sunt in suffragium, novem habuit Martius: à quibus absolutus est.* Proinde longè majorem numerum testium adhiberi oportet, si per eos tribuum numerum repræsentari volumus, & post expletum triginta quinque tribuum numerum testes quinque & triginta.

Cùm jure civili signa testium non essent necessaria] In testamento, quod fiebat per æs & libram. In eo enim duæ tantum res necessariæ erant, familiæ mancipatio & nuncupatio testamenti sine voluntatis testibus exhibitæ solennis contestatio, *Vlp. tit. 20. §. 8.* quod postremum tamen tunc demum receptum videri potest, postquam cœpit alius hæres seorsum in chartis vel tabulis scribi; alij familia palàm mancipari: nisi fortè ad legata referas, quæ ad familiæ mancipationem non pertinebant. Auctor enim Theophilus est, testatorem post mancipationem mox ordinasse, quid post mortem fieri vellet, & familiæ emptori sive hæredi dicere solitũ, *Huic volo dari fundum, illi domum; alij centum numismata.*

TEXTUS.

3. *Sed cùm paulatim, tam ex usu hominum, quam ex constitutionum emendationibus cœpit in unam consonantiam jus civile & prætorium jungi, constitutum est, ut uno eodemq; tempore, quod jus civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis, & subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, & ex edicto Prætoris, signacula testamentis imponerentur: ita ut hoc jus tripartitum esse videatur: & testes quidem, eorumq; præsentia, uno contextu, testamenti celebrandi gratia, à jure civili descendant: subscriptiones autem testatoris & testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur: signacula autem & testium numerus ex edicto Prætoris.*

NOTÆ.

SEPTEM TESTIBUS ADHIBITIS] Specialiter rogatis, aut certioratis se ad testamentum adhiberi, *d. l. 21. §. pen.* ex Nov. *Leon. 41.* quinque sufficiunt: quod jus in Oriente receptum fuit. Græci *ad l. 5. D. si tab. test.* Harm. *lib. 5. tit. 1. §. 47.* Basil *35. tit. 2. & 3. & lib. 45.* ὁ συνθεὶς ἐπὶ πάσης διαθήκης πέντε μάρτυρας ἰδίᾳ.

QUODAMMODO] Nam jus civile quinque tantùm testes exigebat, reliqui duo in vicem ponderatoris & familiæ emptoris à prætore substituti.

UNO CONTEXTU] μιᾷ ὑφῇ nullo actu alieno interveniente, *d. lib. 21. §. ult.* nisi fortè talis sit quem ratio morbi testatoris, vel necessitas naturæ efflagitet, *lib. 28. C. eod.* Hoc amplius & in conspectu

spectu testatoris testimonij officio fungi necesse est, *l. 9. C. eod.*

SUBSCRIPTIONES TESTATORIS, &c.] Ita constitutum à Theodos. *l. 21. C. eod.* additumque, si testator litteras ignoret, vel subscribere nequeat, octavum ut subscriptorem adhibeat. Adeo autem & subscriptio & simul obsignatio necessaria, ut alterutro omisso testamentum vitietur, *l. 22. §. 4. D. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Recepto testamento mixto, quale hic describitur, non statim antiquata testamenta per æs & libram, neque vim testamenti prætorij enervatam.*

2 *Numerum septem testium requiri ad solemnitatem ordinationis, non eum quod obscurius dictum est, postea testator explanat.*

3 *Subscriptiones testium iam tempore mediæ jurisprudentiæ in usu fuisse.*

4 *Lege Cornelia testamentaria edictum Prætoris de obsignandis tabulis confirmatum.*

5 *In testamento scripto non exigi, ut testis intelligat sermonem testatoris.*

6 *Testes rogatos adesse oportere: nec non alia quædam scripto testamento cum nuncupativo communia.*

7 *Quid sit, uno contextu actus testari: & num contractus in testamento aut inter testandum celebrari queant.*

8 *An non obstante solemnitatis alicujus omissione voluntas testatoris obliget in foro conscientiæ.*

1 TAm ex usu hominum, quàm ex constitutionum emendatione] Sensus est, cùm duo essent simplicia testamentorum genera, unum civile, alterum prætorium, usu hominum ius civile cum prætorio hac in parte coaluisse, atque inde mixtum extitisse testamenti genus, ex utroque illo jure collectum, quod & constitutionibus postea probatum sit; addito, ut testator & testes omnes subscriberent: ut adeo forma conficiendi per scripturam testamenti, qua posterior ætas uti cœpit, quamque Iustinianus hic describit, ex triplici jure conflata sit; ex jure civili antiquo, ex novo constitutionum Principalium, atque ex jure honorario. Per hoc tamen non statim antiquata fuit civilis ratio testandi per æs & libram. *Vlpian. tit. 20. §. 8.* neque prætorij testamenti vis aut usus sublatus: de quo sub *§. non tamen inf. quib. mod. test. inf.*

Vno eodemq; tempore] Hæc subtilitas ex jure civili est, *l. qui testamento, 20. § & veteres, 8. l. hæredes palam, 21. §. ult. hoc tit. l. cum antiquitas, 28. C. eod.* Est enim ex jure civili, quod actus solemnes & legitimi continui esse debent, & uno contextu absolvi, *l. continuus, 137. de verb. obl. l. 12. de duob. reb.* Ait autem, *quod jus civile quodammodo exibebat, quodammodo*, id est, *ferè*. Additum, quia ait, *septem testibus adhibitis*. Nam Jus civile quinque tantum testes exigebat, reliqui duo pro libripende & familiæ emptore à Prætore substituit: & ideò paulò post juri civili adscribit duntaxat actus continuitatem & testium præsentiam, numerum testium juri prætorio. Illud notandum est, numerum istum septem testium requiri ad solemnitatem ordinationis testamenti, sive cum de substantialibus, ut loquuntur, testamenti quæstio est: non autem ubi quod obscurius in testamento dictum scriptumve, post solemnia testator explanat: veluti si cum Titio centum legasset, & multos Titios amicos haberet, postea declaraverit, de quo senserit, *d. l. hæredes palam §. 1. hoc tit.* Leo quinque testes sufficere voluit, *Nov. Leon. 41.* quod receptum in Oriente, *Græc. lib. 45. Basil. tit. 1.*

Subscriptione testium] Et testatoris, ut mox. Ita enim constitutum à Theodosio, *l. hac consultissima, 21. C. eod.* additumque, si testator litteras ignoret, vel subscribere nequeat, octavum, ut subscriptorem adhibeat. Cæterum ex constitutione Iustiniani, si testator propria manu totum testamentum conscripserit, idque se fecisse in tabulis specialiter expresserit, nihil opus est vel ipsum vel alium 3
ejus nomine subscribere, *l. cum antiquitas, 28. C. eod.* Quo tempore, aut à quo primùm Principe testium subscriptio introducta sit, incertum est. Illud constat, jam apud antiquiores ita ius fuisse, atque adeo ætate Iurisconsultorum Pauli & Ulpiani, *l. ad testium, 22. §. 4. l. pen. hoc tit.* quos Papinianum assessores habuisse à Lampridio proditum est.

Ex edicto prætoris signacula] Obsignationem testium esse ex edicto Prætoris indicant, *l. si testamentum, 23. eod. §. non tamen inf. quib. mod. test. infirm. Vlpian. tit. 23. § si septem.* Quamobrem 4
quod M. Tullius 3. *Verr.* meminit tabularum testamenti obsignatarum è lege, legem intelligens Corneliam testamentariam, rectè D. VVesembecius sic accepit, Syllam, quòd jam ante ex edicto erat, lege sua comprehendisse, non ut edictum tolleret, atque ex lege à se lata in posterum signa adhiberi vellet, sed potiùs aut auctoritatem edicti confirmaret. Obsignatio autem argumento certissimo est, scripturam jure prætorio necessariam fuisse, ut obsignationis illius subjectum; cum jure civili, quod nec subscriptionem nec obsignationem desiderabat, scriptura non omnino necessaria fuerit: quamvis credibile sit, frequentiùs ob rei memoriam scripturam interveniisse;

veniſſe: quod & tutius eſſe cœpit, poſtquam hæres emptor familiæ eſſe deſijt. Adeo autem & ſubſcriptio & ſimul obſignatio neceſſaria eſt, ut deficiente alterutra teſtamentum injuſtum ſit, *l. ad teſtium, 22. §. ſi quis 4. hoc tit.* teneaturque falſi crimine tabellio, qui non utramque adhibendam curavit, *l. jubemus, 29. C. eod.*

Et teſtes quidem & eorum præſentia] Quod teſtium præſentiam requirit, non videtur eſſe proprium teſtium teſtamentariorum, ſed commune omniũ, qui ad actum aliquem celebrandum adhibentur. Non eſt autem ſatis corpore teſtes præſentes eſſe, niſi & animo ſint, intelligantque voluntatem teſtatoris. Neque tamen ſermonis intelligentium requirimus, ſed placet ſufficere, ſi vel ſenſu quis percipiat, cui rei adhibitus ſit. Enimverò durare teſtes debent, donec ſuprema conteſtatio peragatur; invitos tamen retinere non licet: & ſi retenti ſint, teſtamentũ non ſubſiſtit; *l. qui teſtam. §. antep. & ſeqq. eod.* Adhæc rogati adeſſe debent, aut ſaltem ſi alterius rei cauſa collecti ſint, ante teſtimoniũ certiorari, ſe ad teſtamentum adhiberi, *l. hæ. 21. §. pen. eod. l. 21. C. eod.* neque hæc ſolemnitas, cùm ſit extrinſeca, præſumitur interveniſſe, etſi in teſtamento ſcriptum ſit, *præſentibus teſtibus infraſcriptis*; ſed juxta communẽ ſententiam probari debet, niſi additum ſit, *& cætera*, aut notarius nominatim rogationis fecerit mentionẽ, *Viv. com. op. verb. teſtes. tam in teſtam. Farinac. lib. 2. de teſtib. tit. 6. Vaſq. lib. 2. de ſucc. creat. §. 23. req. 8. n. 53. Graſſ. §. teſtam q. 58. Mantic. 2. de conj. ult. vol. tit. 11.* Hoc amplius & in conſpectu teſtatoris teſtimonij officio fungi neceſſe eſt, *l. 9. C. eod.* Quapropter non eſt ſatis, ut quidam tradiderunt, teſtes oculatos eſſe, ſi teſtatorem ipſi non videant, fortè velo aut cortina interjecta conſpectum adimente, licet vocem ejus audiant: ſed neceſſe eſt, ut faciem ejus videant, ne qua fraus fiat, alio fortè ſubornato, qui vocem teſtatoris imitando ſimulet; ut ille, de quo Cynus teſtatur in *d. l. 9.* qui obrepſerat mulieri ſimulando vocem mariti. Eſtque hæc receptior interpretum ſententia, teſte Sichardo in *d. l. 9. n. 2.* ubi tradit Gloſſam in *l. 2. §. idem Labeo 8. de aq. pluv. arc.* contra ſententem communiter reprobari, *add. Clar. §. teſtam q. 59. Chriſtin. vol. 4. deciſ. 7. n. 5. Graſſ. de §. teſtamentum. q. 59. n. 4.*

Vno contextu] Μιᾷ ὑφῇ. ἀλλ' ἀδιαλείπτως, uno eodemque die ac tempore, *l. hæc conſultiſſima, 21. C. hoc tit.* nulloque actu ab inſtituto negotio alieno interveniente, *l. hæredes patam, 21. §. ult. hoc tit. & l. 21. C. eod.* niſi fortè talis ſit actus, quem ratio morbi teſtatoris, vel neceſſitas naturæ efflagiter, etiam in teſtibus: quod pluribus explicat Juſtinian, *l. cum antiquitas, 28. C. eod.* ut tamen ſi quid ſupervenerit, ob quod aliquis è teſtibus diutiùs abeſſe cogatur, alius teſtis ſubſtitui debeat, *d. l. 28.* Cæterùm hæc non eò pertinent, ut teſtator teneatur eodem tempore & teſtes adhibere & teſtamentum ſcribere vel dictare ac finire: ſed ad nuncupationem teſtamenti ſive ipſam teſtationem & declarationem voluntatis, cùm ſcilicet teſtamentum ſubſcribendum & obſignandum teſtibus in eam rem adhibitis offertur: nam quin alio tempore teſtamentum conſcribere, & ſcriptionem ſæpiùs interrumpere, alio verò teſtes ad ſolennia adhibere poſſit, non ambigitur, *d. l. 21. C. de hoc tit.* Cùm igitur uno actu contextu teſtari oporteat, negotioque alieno aut ad teſtamentum non pertinente interpoſito actus ille interrumpatur, vitieturque teſtamentum, hinc facilè colligere eſt, quid judicandũ ſit de quæſtione, quæ vulgo moveri ſolet, an contractus celebrari inter teſtandũ poſſint. Nam ſi contractus eſt actus extraneus & alienus à teſtamento, uti revera eſt; neceſſe eſt, actum teſtandi celebratione contractus interrumpi; veluti ſi teſtator cùm jam cœpiſſet ordinare teſtamentum & necdum abſolviſſet, fundum aut rem aliam Titio vendere aut locare inſtituat. Quod ſi ita quæſtio formetur, ut quæratur, an poſſit contractus fieri in ipſo teſtamento; ne hoc quidem admittendum videtur. Quippe cùm contractus, qua talis non intelligatur, niſi celebratus ſit inter plures: at quæ teſtamento caventur ab uno caventur teſtatore, atque ex unius illius voluntate ſtant, & cadunt. Non obſtat igitur, quod teſtamento libertum aſſignare licet, *l. 1. §. 3. de aſſign. libert. §. ult. inſ. eod. tit.* ſiquidem aſſignatio liberti, licet propriè neque legatum ſit neque fideicommiſſum, *l. 7. de tut.* vim tamen legati habet, dum jus patronatus, quod alioqui commune futurum erat, uni in ſolidum relinquitur. Sic pignoris, *l. non eſt mirum, 26. de pign. act.* duorum reorum, *l. 9. de duob. reis, uſufr. §. 1. ſup. de uſufr.* ſervitutum, *§. ult. ſup. de ſerv. præd.* teſtamento conſtitutio, contractus nõ eſt. Neque enim cùm hæc teſtator conſtituit, cum alio contrahit, neque etiam ullo modo naturam contractus aut conventionis ſapit: ſed ut cætera, quæ teſtamento caventur, legantur aut relinquuntur, revocari poſſunt. Graviſſima hic moveri ſolet quæſtio, an, ſi legitimus numerus teſtium adhibitus non fuerit, aliúdve quid meræ ſolennitatis in teſtamẽto omiſſum, veluti ſi teſtes rogati non ſint, aut tantum ſubſignaverint ſive ſubſcripſerint, non etiam obſignaverint, tale teſtamentum ſaltem in foro conſcientiæ hæredem ab inteſtato, cui de voluntate teſtatoris conſtat, non obliget ad reſtituendam hæreditatem hæredi ſcripto, & ad legata præſtanda. Obligare negat, *Domin. Soto lib. 4. de juſt. &*

jur.

jur q.5. Clar.3. sent.q.90. Covar. in c. cum esses, x' de testam. Ajunt *Ludov. Molin. de iust. & iur. tract.2. disp. 81. Mantic. lib.2. de conj. ult. vol. tit.14. Vasq. de succes. creat. §.1. n.23. & seqq. & de succes. progress §.3. n.3. Drod. Tulden. C. de testam. n.8. Christin. vol.4. decis 34.* quibus assentior. Nam cùm in foro conscientiæ sola veritas spectetur secundùm simplicitatem juris naturalis, *c.1. dist.1.* sufficit ad conscientiam devinciendam, ut subsit aliqua obligatio. Qualis autem ea sit, civilis, ex qua etiam agi possit, an naturalis, quæ ad petendum in foro externo inefficax, nihil interest. At in quæstione proposita, si hæredibus certò constet de voluntate defuncti, nullamque fraudem interveniisse, ad quam avertendam solennitas omnis juris civilis comparata est, non potest non subesse naturalis obligatio. *fac. l.2. C. de fideic. l. cum amplius, 84. §.1. de testam. mil l.5. §. si quis, 15. don. int. vir. & uxor. § ult. inf. de fidei com. har. l. ult. C. eod.* Quod etiam benè intellexit Plinius, qui ob id sæpissimè scripsit, voluntatem defunctorum, etiam jure deficiatur, bonis hæredibus pro jure esse, *lib.2. epist.10. lib.4. epist.10. lib.5. epist.7.* eoque pertinet & illud Senecæ; *Angusta innocentia est, secundùm leges* (intellige *civiles*) *bonum esse.* Nimirum lex conscientiæ, quæ eadem & naturæ, legibus civilibus non mutatur, sed una & apud omnes eadem est & semper fuit, utpote cordibus omnium hominum divinitus inscripta. Hæc lex cùm in corde loquatur, & dicter, voluntatem defuncti, quamvis irritam, si juris solennitatem respicias, servari oportere, utique qui eam non servat, contra conscientiam facit. Non obstat quod lex civilis, quæ solennitates introduxit, justa est, & ad communem reipub. utilitatem condita, ne quid scilicet falsitatis in ordinandis testamentis committatur: nam in quæstione nostra præsupponimus testamentum esse verum & sincerum, deque eo hæredi constare quod solum in foro conscientiæ consideratur: Et ex converso igitur salva pietate retineri quoque poterit, saltem quamdiu ei non contradicitur, quod relictum est testamento propter deliquium solennitatis alicujus jure civili invalido. *Mant. & alij ubi sup. Grot. lib.3. de jur. belli & pac. c.7. n.6.*

TEXTUS.

4. *Sed his omnibus à nostra constitutione propter testamentorum synceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum est, ut per manus testatoris, vel testium, nomen hæredis exprimatur, & omnia secundùm illius constitutionis tenorem procedant,*

NOTÆ.

4. NOMEN HÆREDIS EXPRIMATUR] *l.29 C. eod.* quod tamen abrogatum. *Nov.119. c.9.* ut jam summa solennitatis iterum ad ea redeat, quæ comprehensa, §. *præced.* In quibusdam paganorum testamentis etiam de illa ipsa solennitate aliquid remissum, *l.8. l.21. §. pen. l. ult. C. eod.* & tota ferè in testamentis parentum inter liberos, *d.l.21. §.1. & auth. quod sine, C. eod. Nov.107.*

COMMENTARIVS.

1 *Quod hoc §. constituitur, pugnare cum principali fine testamenti scripti: tollere etiam id quo hoc testamentum maximè differt à nuncupativo.*

2 *Quibus in testamentis paganorum, & quatenus, solennitates remissæ.*

3 *Iure Canonum ut ratum sit testamentum, satis esse duos testes cum Parocho adhiberi; quod mores hodierni fere sequantur.*

A *Nostra constitutione*] Extat in *l. jubemus, 29. C. hoc tit.* Iubet autem Iustinianus, ut præter cæteras solennitates, quas supra commemoravimus, etiam hæc adhibeatur, ut testator nomen hæredis vel in sua subscriptione aliáve parte testamenti exprimat, vel coram testibus nuncupet, si literarum imperitus sit, aut propter morbi acerbitatem scribere nequeat. Quæ Iustiniani constitutio prope est, ut pugnet cum principali fine, ob quem testamenta per scripturam fieri initio utile visum fuit; scilicet ut testator securitatis suæ causà nomen hæredis celare posset, & tabulas chartasve, in quibus scriptus esset, clausas vel involutas testibus signandas & subscribendas proponere: unde huic testamento nomen mystici. Tollitque adeo id, quo scriptum testamentum maximè differt à nuncupativo, cujus proprium est, ut præsentibus testibus nomen hæredis nuncupetur, *§ ult. inf. eod. l. hæredes, 21. pr. eod.* Atque ideo etiam, ut opinor, *quod & hic, & in d.l. jubemus*, de suo Iustinianus adhibuit, iterum dempsit ac remisit. *Nov.119. c.9.* ut jam summa solennitatis in testamento scripto requisitæ iterum ad ea redeat, quæ comprehensa sunt, *§. prec.* & apertiùs paulò constitutione Theodosij, *l. hac consultissima, 21. Cod. eod.* Ex hac tamen solennitate aliquid remissum est in quinque testamentorum generibus. 1. In testamento parentum inter liberos: siquidem hujusmodi voluntatem etiam ex testamento imperfecto valere placuit, *d.l.21. §.1. C. hoc tit.* & nuncupata quidem parentis voluntas omnimodo rata est, dum ea constet, ut de cæteris rebus, id est,

saltem duobus testibus: scripto autem declarata, si & tempus testamenti facti, & nomina liberorũ, & uncias & res, quas inter liberos distributas velit, expresserit; idque clarè & plenis literis, non notis aut signis: debetque parens aut ipse hæc scribere, aut saltem manu sua subscribere. *Nov.* 107. *unde auth. quod sine, Cod. eod. & ib. DD. Clar. § testamentum, qu.* 8. *Mynsing. 5. obs.* 28. *Gail. 2. obs.* 112. *Christin. vol.* 4. *decis.* 7. *&* 8. *Grot. 2. manuduct.* 16. *Deckher. dissert. 2. lib. 2. D. Iac. Coren. rer. jud. obs.* 39. plenissimè Gudelin. *lib. 2. de iur. noviss. cap. 5. add. nostra lib. 2. sel. quæst. cap.* 17. *& seq.* 2. In testamentis rusticanorum, quibus permissum quinque testes adhibere, si plures non reperiantur: remissæ item subscriptiones si literati desint, *l. ult. C eod.* 3. In testamento quoque tempore pestis facto de solenni numero testium quid remittendum censent Interpretes, *vid. Mynsing. 1. obs.* 96. *Gail. 2. obs.* 118. *Peck. 3. de testam. conjug.* 18. *Præs. Everhard. Cons.* 61. quod quidem rationem habet, utique si pestis sit vehemens, & testator ipse eo morbo laboret. *Clar. § testamentum, qu.* 56. *num.* 3. *Christin. vol.* 4. *decis.* 6. *num.* 5. At jure nostro hoc tantum remissum hoc casu videtur, ut non necesse sit testes septem simul jungi, junctosque eodem tempore subscribere & signare, *l.* 8. *C. hoc tit.* 4. quanquam contrarium passim usu receptum, teste Sande *lib.* 4. *tit. def.* 4. *& ibi cit.* De moribus nostris ambigit. Grot. 2. *introd. cap.* 17. sed vide Groenevv. *de leg. abrog. ad d. l.* 8. In omni testamento ad pias causas quævis voluntas suprema, vel coram duobus testibus testata, Canonibus rata habetur, *cap. relatum,* 11. *x. hoc tit.* Postremò in testamento posteriore, in quo scripti sunt hæredes, qui ab intestato ad hæreditatem vocantur, placuit sufficere quinque testium juratorum depositiones: ac infirmato priori testamento posteriorem hanc valere voluntatem, non tanquam testamentum, sed tanquam voluntatem ultimam intestati, *d. l.* 21. *§ pen. & ib. DD. Cod. hoc tit.* In universum autem Iure Canonico; ut ratum sit quodlibet testamentum, sufficit duos testes cum parocho adhibuisse, *cap. cum esses,* 10. *C. eod.* Neque enim potest hic canon restringi ad testamenta ad pias causas, quod quidam faciunt propter *d. cap. relatum, eod.* Nam in *d. cap. cum esses.* Alexander tertius id in omni testamento generaliter constituit, nominatim improbata constitutione juris civilis de septem testibus adhibendis, ut nimis longè recedente ab eo, quod scriptum est; *In ore duorum vel trium testium stat omne verbum.* Et licet nonnulli existiment, causam nullam fuisse, cur Pontifex id, quod benè, ut ajunt, ad fraudes hominum avertendas, *l. ult. C. de fideic.* jure civili constitutum fuit, mutaret: tamen constitutionem Pontificiam usus ferè probavit: qui & aliàs ægrè patitur nimis se longè abduci à simplicitate iuris naturæ.

TEXTUS.

5. Possunt autem omnes testes & uno annulo signare testamentum. Quid enim, si septem annuli una sculptura fuerint, secundum quod Papiniano visum est? Sed & alieno quoque annulo licet signare testamentum.

NOTÆ.

5. ET UNO ANNULO] Lex enim non septem varia signa, sed septem testium obsignationem requirit. Hotom.

UNA SCULPTURA FUERINT] ἕνα τὸ αὐτὸν ἔχωσι χαραχτῆρα, eandem figuram seu imaginem habeant.

ALIENO QUOQUE ANNULO] Qui nullius è testibus sit, sed vel testatoris vel alterius cujuscunque, *l.* 22. *§* 2 *D. l* 12. *C. eod.* An & alio instrumento signatorio; Negat Ulp. *d. l.* 22. *§.* 5. nisi locus ille legendus sit interposita negatione, *& magis est, ut non tantùm annulo,* &c. quod postulare & antecedens videtur, & mox sequens temperamentum, Baro, Hotom. & noviſſimè Salmas. *de mod. usur. c.* 10. Michaël Attal. *synops. tit.* 31. Δακτυλίῳ, ἤτοι βαπτιστηρίῳ.

COMMENTARIUS.

1 *Etsi tutius est alieno annulo signantem in subscriptione id profiteri, tamen & eo omisso testamentum subsistere.*

2 *Quod hic de usu annuli alieni traditur, non pertinere ad personas publicas, quæ ex officio sigilla instrumentis apponunt.*

3 *Vtrùm annulo duntaxat testamenta signare liceat, an & alio instrumento characterem habente.*

CUm testes omnes testamentum solenne; quod per scripturam ordinatur, signare 1
oporteat, quæsitum est, an necesse sit, singulos testes singulis annulis & unumquemque proprio signare; an verò & uno possint omnes, & eo quoque alieno. Et placuit, posse omnes signare & uno annulo, qui scilicet unius ex testibus sit, & item alieno, qui nullius sit eorum, sed vel testatoris vel alterius cujuscumque, *l. ad testium* 22. *§.* 2. *eod. l.* 12. *Cod. eod.* Quod quanquam interpretes vulgò

vulgò ex Durandi sententia sic temperant, ut existiment, debere eum, qui non suo, sed alieno annulo signat, id in subscriptione profiteri, ne in crimen falsi incidat: tamen ego Joan. Fabro & Viglio, quos etiam nunc plerique sequuntur, assentior, confitentibus quidem tutius esse, si mentio eius rei in subscriptione fiat; cæterùm & eo omisso testamentum nihilominùs subsistere putant, propter simplicem & generalem definitionem juris civilis hoc loco, & suprà *dd. ll.* traditum. Pœnam verò non mereri, quod fit lege permittente, *l. Gracchus, Cod. de adulter.* Sed & jus prætorium, quod præter signa testium nihil requirit, hac in parte non discrepare à jure civili. Igitur etsi facilius agnoscitur signum impressum annulo alieno, cùm id in subscriptione annotatum est, cùm tamen & sine eo recognosci possit, & vel ex eo etiam facile, quod quisq; testis ex constitutionibus subscribere debet, quis & cujus testamentum signaverit; *l. pen. hoc tit.* non putaverim vitiari testamentum signatum annulo alieno od id, quod signator non adjecerit, annulo alieno se signasse. Unde tamen minimè efficitur, quod docuit Bart. in *l. 2. testam. quem aper.* mortuo uno ex testibus ante apertas tabulas testamentum concidere: nam cùm inspectio sigillorum non pertineat ad formalem aliquam testamenti solennitatem, sed ad probationem duntaxat voluntatis, cur, si ea aliunde probari queat, non sustineatur defuncti judicium? Et quid si unus è testibus mutus, surdus, cæcus, aut furiosus factus fuerit? *vid. D. Vigl. ad § sed cum 7. hoc tit.* ubi multas contra Bart. allegat auctoritates. Plane quod hic de usu annuli alieni in
2 signando traditur, trahendum non est ad personas publicas, quæ sigilla ex officio instrumentis appendunt, & verbi causa notarios. Nam ab his præcisè requiritur, ut sigilla sua apponant, idque auctoritatis & fidei publicæ causa, atq; ut in dubio ex unius cum altero comparatione cognosci possint. *Nov. 73. c. 6.* Testium autem in testamento non sigilla, sed obsignationem lex requirit, ut cùm opus est, signum recognoscentes, se id apposuisse testificentur. Nam ita institutum fuit, ut cùm ad aperiendas tabulas testamenti ventum esset, priusquam resignarentur, prætor signatores convenire cogeret, & sigilla sua recognoscere, *l. 4 l. 7. testam. quem aper.*

Quid enim si septem annuli una sculptura fuerint] Quasi dicat, nemini mirum videri debere, quod testibus permissum sit signare uno eodemque annulo. Fieri enim posse, ut septem annuli, quantumvis singuli singulorum sint, eandem habeant figuram, ἕνα καὶ τὸν αὐτὸν χαρακτῆρα. Neque tamen ob id minus testamentum consistere. Potest verò id etiam hodie contingere, veluti si plures ex eadem familia ad signandum adhibeantur, cùm nunc agnatorum omnium eadem sint insignia, nec ampliùs nomen in circumferentia annuli signatorij poni soleat.

Sed & alieno annulo] Qui scilicet nullius è testibus sit. Ex eo autem quod annuli plerumque mentio fit, non satis rectè colligitur, alio instrumento signatorio testamenta signari non potuisse; dici enim potest, idcircò id fieri, quia frequentiùs annulis veteres signabant. Et tamen de eo dubitatum 3
fuisse, obtinuisseque, ut tantùm annulo signare liceret, constat ex *l. ad testium 22. §. signum 5. hoc tit.* quod ad scrupulosam testandi subtilitatem Cujac. *l. 14 obs. 11.* refert: alij etiam ad facilitatem probationis, *quia notior sit character* annuli, qui in digitis gestari solet: sed ista ratio nullius pretij; nam & alieno annulo signare licet. Et quid si idem sit character instrumenti & annuli? tunc enim nullo modo dignosci poterit, utrùm annulo, an alio instrumento signatum sit? Et puto, Jurisconsultum in *d. l. 22. §. 5.* annuli appellatione non tam intelligere figuram annuli geometricam, quàm sculpturam; nec excludere voluisse instrumentum, quod eandē sculpturam cum annulo habeat, sed aliud signum impressum, diversum à charactere annuli: cujusmodi fortè instrumentis veteres usi ad alia, quàm literas aut tabulas, obsignanda. Id quod etiam verba Iurisconsulti indicant; *variè enim*, inquit, *homines signant.* Quod omninò accipiendum est de varietate characteris, non de materia aut forma instrumēti signatorij geometrica. Etenim qui in signando eodem semper charactere utitur, licet diversis instrumentis, quibus insculptus est, non variè signat, sed uniformiter. Et quæso, si idem character est, quid interest, utrùm instrumentum rotundum, an triangulum aut quadratum sit? aut quomodo id dignosci poterit? ac proinde etiam absurdum non est, si annulo signasse dicatur qui signavit instrumento, quod characterem annuli insculptum habet. Quamobrem prope est, ut assentiar Baroni, Hotom. Wesem. ad *hunc §.* Et Donello *6. comm. 8.* Qui locum Ulpiani in *dict. l. 22. §. 5.* legendum putant interposita negatione, *& magis est ut non tantùm annulo.* Quod & temperamentum subjectum, *dum tamen habeat* χαρακτῆρα, quodammodo postulat. Et ita quoque Bartolus legisse videtur argum. summarij *d. §. 5.* & Joan. de Platea, qui istum §. citat ad probandum, quod scribit, non annulo tantùm, sed alio quoque instrumento signatorio posse signari. Mich. Attaliat. *Synops. tit. 31.* ἐνιδακτυλίῳ ἤτοι βουλλωτηρίῳ. Atque ita & doctiss. Salmas. *lib. de mod. usur. cap. 10. pagina 456.* Alij malunt, retenta lectione *cum D. Connano 9. comm. 2.* Ulpianum intelligere

intelligere de testibus, qui plura signa habent, unum in annulo, alterum & diversum in re alia impressum: ut hi potiùs annulo signare debeant, quàm alio ullo instrumento: quia id signum, quod in annulo est magis cuiusque proprium esse putatur, magisque notum & certum est. Hodie hæc quæstio supervacua est, cùm testes subscripsisse sufficiat, signa eorum non requirantur, sed solius sigillum notarij. Jac. Verruvey *art. testand. c. 9.* De more & modo signandi apud veteres usitato adi D. Salmas.

TEXTUS.

6. Testes autem adhiberi possunt ij, cum quibus testamenti factio est. Sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, neque is, cui bonis interdictum est, neque ij, quos leges jubent improbos intestabilesq; esse, possunt in numerum testium adhiberi.

NOTÆ.

6. CUM QUIBUS TESTAMENTI FACTIO] Id est, qui ex testamento sibi vel aliis acquirere possunt. Quod non percepit Theophil.

NEQUE MULIER] Hoc ex eo, quod in omni mancipatione testes tantùm masculi admissi. Nam his verbis, *cives Rom. puberes*, mares significantur, add. Schol. Harm. *lib. 1. tit. 6. §. 52.*

NEQUE SURDUS] Neque cœcus; quia testatorem agnoscere non potest, *l. 9. C. h. t.*

NEQUE PRODIGUS] Is cui bonis interdictum est, *l. 18 pr. D. eod.* Benè Græci; ὃ κωλυόμενος, διατίθεσθαι, οὐ τε μαρτυρεῖν ἐν διαθήκῃ. 35. Basil. *tit. 1.*

NEQUE IMPUBES] Livius apud Priscian *lib. 8. Impubes libripens esse non potest, neque amtestari*, id est, *neque testis fieri*, passivè. Activè autem *amtestari*, est testem facere. μαρτύρεσθαι. *v.* Salmas. *ad ius Attic. pag. 811.*

COMMENTARIUS.

1 *Communem testium habilitatis notam esse, si sit cum ijs testamenti factio: & quid hoc sit.*

2 *Cur à testimoniis testamentariis arceantur mulieres.*

3 *Cur non admittatur surdus, cùm adhiberi possit, qui sermonem testatoris non intelligat.*

4 *Vtrùm cæcus adhiberi possit.*

5 *Qui dicantur intestabiles: & an hi quoque testamenti factionem passivam habeant.*

NOn satis est, septem testes ad testamentum adhibitos esse, etiam conditionem cuiusque inspici & non nisi idoneos admitti placuit. Et rectè: quippe cùm fides testationis non tam firmetur numero testium, quàm auctoritate, per *l. 3 §. 2. & 3. de testib.* Estque ferè tota hæc tractatio de habilitate testium nuncupativo testamento cum scripto & mystico communis.

Cum quibus testamenti factio est] Hæc communis nota est testium habilitatis, si sit cum iis testamenti factio, id est, si hæredes institui aut ex alieno testamento vel sibi, vel alij acquirere possint. Nam quatenus quis jus habet faciendi testamenti, non rectè dixeris esse tibi cum eo testamenti factionē, ut benè recentiores notant. Et propriè item loquitur Imperator, cùm dicit, *cum quibus testamenti factio est*, non qui testamenti factionem habent: siquidem testamenti factio activæ significationis est ut propriè dicatur testamenti factionem habere, qui faciendi facultatem habet, *l. 3 l. 4. l. 8. in fin. l. is cui, leg. 18. l. si filiusfam. 19 hoc tit. l. 1 §. exigit. 8. de bon. poss. sec. tab. l. 3. C. de apostat.* At qui ipsi testamentum facere non possunt, sed tantùm ex testamento capere, cum iis rectius dicitur esse vel haberi testamenti factio, ut in *§. 2. inf. de hær. inst. §. legari 24. inf. de legat. l. non minus 31. l. si alienum 49. § 1 de hær. inst. l. 7. pro leg.* quàm eos habere testamenti factionem. Quanquam hæc verborum proprietas perpetuò non observatur, ut videre est in *l. filiusfam. 16. hoc tit. l. ult. pro hæred. §. in extraneis, inf. de hæred. qual.* quibus in locis testamenti factionem habere dicūtur etiam illi, qui tantum capere ex testamento possunt. Unde factū, ut docēdi gratia interpretes testamenti factionē distinxerint in activam & passivā.

Sed neque mulier, neque impubes, &c.] Enumeratio personarum, quas varias ob causas in testamento testes este prohibentur, & quidem simpliciter in testamento cuiusvis. Cur mulier hic testis non admittatur, cùm aliàs jus dicendi testimonij habeat, *l. qui testamento 20. §. mulier 6. hoc tit. l. ex eo 18. de test.* non una ratio reddi potest. 1. Quia cùm certum numerum testium ad actum aliquem lex requirit, intelligitur requirere testes graves & omni exceptione maiores, in quos judici non liceat posteà inquirere: talis autem non est mulier. 2, Quia sexus muliebris non satis sagax creditur ad odorandas fraudes, quæ in subornandis testamentis strui solent. 3. Quia hic numerus testium non tantùm requiritur ad probationem actus, sed etiam ad constitutionem: leges autem veteres, teste Scholiaste ad Harmenop. *l. 1 tit. 6. §. 52.* ἐν ταῖς συστατικαῖς μαρτυρίαις μὴ μαρτυρεῖν τὰς γυναῖκας ἀποφαίνονται. Συστατικὰς μαρτυρίας, hoc est, *testimonia constitutiva*, quæ faciunt,

ciant, ut negotium consistat, (Mercerus vertit *commendatoria*) opponit ἀποδεικτικαῖς, id est, *demonstrativis*, sive quæ adhibentur duntaxat probationis causa. 4. Quia testatio supremæ voluntatis non est actus repentinus aut fortuitus, ut nihil necesse sit, ubi viri honesti haberi possunt, accipere fœminas, per *Nov. de testib. 90. c. 1.* Quibus rationibus item moveor, ut credam, ne in codicillis quidem mulierem testem esse potuisse, contra quem sentiunt, *Vigl. & comm. DD.* Mitto quod solennis illa testandi ratio per familiæ mancipationem, unde qualitas testium, masculos tantum testes admisisse videtur, uti reliquæ quoque mancipationes & contractus, qui fiebant per æs & libram: & quod Romani turpè & verecundiæ sexus minimè conveniens putaverunt, fœminas cum viris hujusmodi negotiis interesse. Et hoc etiam moribus nostris consentaneum videtur. *Groenewv. de ll. abrog. hic, & §. ult. inf. de codicill. Cyprian. cens. Belg.* Impubes testis non admittitur, propter imperfectum animi judicium: quàm ob causam nec aliis in negotiis testimonium ejus recipitur, *leg. 5. leg. 3. §. leg. inviti, §. 1. de testib.* In causa autem testamenti hoc speciale esse existimatur, quod nec pubes factus testimonium pro testamento dicere possit, ad quod impubes adhibitus fuit; cùm in aliis causis testimonii dictionem habeat post pubertatem de his, quæ impubes vidit; utique si testetur de iis, quæ verisimiliter ab impuberibus capi possunt, & quæ vidit, cùm jam esset pubertati proximus. *Ioan. Fab. Vigl. hic, Oldend. part. 4. de testib. n. 12.* ex sententia communi. Servum excludit conditio personæ, quia nullam juris civilis communionē habet, *d. l. qui testam. §. servus*, quæ ratio etiam peregrinos removet, *l. sunt quidam, 17. §. 1. de pœn.* & nominatim lex desiderat cives Romanos. Furiosus nihil intelligit: cæterùm si remissionem habet, poterit eo tempore adhiberi, *d.* 3 *leg. qui testam. §. ne furiosus.* Mutus pro testimonio quid actum sit eloqui non potest. Surdus quid dicatur sensu non percipit: imò nec moneri potest, quid testator acturus sit; plurimumque qui surdus, idem & mutus. Testes autem in dicendo testimonio interrogandi, *per leg. 1. testam. quem aper.* nec testimoniis, sed testibus credendū, *leg. 3. §. 2. de testib.* Hinc etiam intelligitur, cur potiùs quàm surdus, admittatur qui sermonem testatoris non intelligit: nimirum quia hic alia lingua moneri potest, cui rei adhibeatur, & ipse testimonium dicere, singula enim percipere nihil necesse est, *dict. leg. qui testam. §. pen.* utique cùm testamentum per scripturam fit. Nam in nuncupativo hoc locum habere non puto, in quo totum negotium palam explicatur, auribusque & sermoni testium permittitur. De cæco nihil traditum. Sed non posse eum adhiberi, 4
rectè censent Wesemb & Bachov. quoniam testatorem videre non potest, quod in omni testamento requiritur, *l. 9. Cod. eod.* nec signum recognoscere, quod in scripto, *l. 4. & 7. testam. quem. aper. fac. l. 1. §. 5. vers. casum, de postul.* Prodigis notam inurit administrationis bonorum interdictio, fidemque testimonii eorum elevat: atque adeò in toto penè jure civili prodigi pro furiosis, & eadem conditione, qua furiosi, habentur, *l. 1. de curat. fur. l. 12. in fin. de tut. dat. l. furiosi, 41. de reg. iur.* congruit, *l. is cui lege, 18. in pr. hoc tit.*

Improbos intestabiles sq.] Intestabilis dicitur, cui nec testamentum condere licet, nec testimonium alteri dicere: & cui vicissim nemo testimonium dicere tenetur, uti quisque tenetur civi honesto, si denuntiatum sit, *l. is cui, 18. §. 1. l. cum lege 26. hoc tit.* Ex Senatusconsulto intestabilis, qui ob carmē famosum damnatus est, *d. leg. 18. §. 1. l. 5. §. si quis, 9. de injur.* Ex constitutionibus, apostatæ & hæretici, *leg. 3. C. de apostat. l. 4. Cod. de hæret. & Manich. l. hæreticus, 44. C. Theod. de his qui sup. reb.* Ex duodecim tabulis, antestatus & libripens, si postea testimonium perhibere detrectassent. Verba legis refert Gellius, *lib. 15. cap. 13. Quoi se fierit antestarier, libripensve fuerit, nei testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto.* Ita locum istum obscurum, depravatum anteà, restituit Marcilius, *cap. 5. leg. duod. tab.* quod malè processerat Cujacio. De eo quæsitum, an is, qui intestabilis dicitur, nec hæres institui potuerit, aut aliàs ex testamento alieno capere: nam cæteros omnes, quos hic commemorat Iustinian. constat, testamenti factionem passivam habere. Et quidē hæreticis nominatim hæc tria denegantur, testimonii dictio, testamenti factio, successio tam ex testamento, quàm ab intestato, *dict. leg. 3. Cod. de apostat.* De aliis expresè cautum non est, ne hæredes instituantur. Ex eo tamen quod Gaius scribit, eum lege quis intestabilis esse jubetur, hoc etiam eo pertinere, ut ne ipsi dicatur testimonium, *d. l. cùm lege 26. hoc tit.* sequi omnino videtur, ut nec hæres institui possit: neque enim arbitror defendi posse, testatori duntaxat, non etiam hæredi, de cujus solius commodo agitur, testimonium perhiberi. Facit huc, *l. imperialis, 23. §. 3. C. de nupt.* qua permittitur mulieribus scenicis post impetrationem Principalis rescripti & condere testamentum & aliis succedere. Inde enim duo colligimus, & scenicas fœminas intestabiles habitas fuisse, & qui intestabiles essent, hæredes non potuisse instituī. Itaque non satis accurati sunt compilatores, qui intestabiles cum superioribus, quos omnes hæredes institui posse constat, una exceptione à regula 5

eximunt, quasi & ipsi alioqui ad regulam pertinere videantur.

TEXTUS.

7. *Sed quum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea autem servus apparuit, tam divus Adrianus Catonis, quàm posteà divi Severus & Antoninus rescripserunt, subvenire se ex sua liberalitate testamento, ut sic habeatur firmum, ac si, ut oportebat, factum esset: quum eo tempore, quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberi loco fuerit, nec quisquam esset, qui status ei quæstionem moveret.*

NOTÆ.

7. TESTAMENTI FACIENDI TEMPORE] Hoc tempore inspicitur testium conditio, non tempore mortis testatoris, *l.* 22 §. 1. *eod.* idque ex Principum liberalitate obtinet etiam in habilitate putativa, ut loquuntur.

OMNIUM CONSENSU] Totius civitatis, aut majoris partis civium. Quia ita se gerebat, ita agebat, sic muneribus fungebatur, ut publicè liber à plerisque haberetur, arg. *l.* 3. *pr. de sen. Mac.* facit, *l. C. h. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Conditionem testium tempore testamenti facti spectari: non nocere, si quid eis posteà contigerit.*

2 *Idem observari in habilitate putativa.*

3 *Confutatur eorum error, qui putant, testamentum corruere, si quis è testibus antè apertas tabulas moriatur aut inhabilis fiat.*

4 *Quid verba hæc, omnium consensu, hic significent.*

NOn tantùm numerus testium, sed eorum etiam qualitas & requisita conditio est de forma testamenti substantiali, ut loquuntur, non de forma probatoria duntaxat: adeò ut si vel in uno è testibus hujusmodi qualitas deficiat, testamentum per se nullum sit. Enimverò conditionem testium inspici placuit, cùm testamentum signarent, non tempore mortis: nam si tempore testamenti facti tales omnes fuerint, ut adhiberi possint, nihil nocet, si quid posteà eis contigerit, putà si qui posteà servus factus sit aut intestabilis, furere cœperit aut prodigus esse, *leg. ad testium* 22. §. 1. & *ib. Cujac. hoc tit.* Quid ergo si quis adhibitus sit, qui quidem adhiberi prohibetur, sed qui communi opinione pro tali testamenti tempore habebatur, qui adhiberi potest; putà si servus adhibitus sit, qui omnium opinione liber existimabatur, & cui nemo eo tempore status controversiam movebat? Testamentum nihilominus sponte sua vitiosum & injustum est, nec communis error formam juris publici mutare potest. Cæterùm quòd per se momentum nullum habet, Imperatores ex humanitate sustineri voluerunt, atque ut Iustinianus hic loquitur, ex liberalitate sua hujusmodi testamentis subvenerunt, ut perinde firma sint, ac si omnibus suis numeris ac partibus constarent. Ridiculum verò est, quod vulgo, ex hoc loco colligunt, communem errorem jus facere: non enim error, sed in errore summa Principum auctoritas, jus hoc benignè & speciali favore ultimæ voluntatis constituit.

Tam divus Adrianus Catoni (quidam Codices habent Catonio, *Theophilus* Catonio Vero) *quàm divi Severus & Antoninus*] Rescriptum Severi & Antonini non extat. Adriani est in *leg.* 1. *Cod hoc tit.* unde tamen non satis expeditum, quid juris esse debeat, si quis consignationis quidem tempore pro libero habitus sit, postea autem ante apertas tabulas in servitutem revocatus status controversiam passus fuerit. Nam Adrianus sua constitutione hoc tantùm significat, si quis testis pro libero habitus sit tempore testamenti, cui usque ad tempus aperiendarum tabularum nemo status controversiam moverit, testamento non obesse debere, quod nunc hæc quæstio ei moveatur. Unde effici videtur; non idem esse, si jam eo tempore servum esse appareat. Sed dicendum est, aut verba Adriani non ita accepta esse, quasi casus iste semper in hisce quæstionibus requiratur, sed expressa, quia id in ea controversia fortè acciderat, de qua consultus erat; aut constitutione Severi & Antonini rem plenius posteà definitam. Sanè Iurisconsultus simpliciter ait, testium habilitatem tempore testamenti facti spectandum; quod posteà accidit, non nocere, *dict. leg. ad testium*, 22. §. 1. *hoc tit.* Hoc autem non tantùm pertinet ad habilitatem veram, sed etiam ad putativam: quippe quæ eandem vim ex Principum liberalitate habeat. Atque ut nihil præter hunc locum haberemus, is solus apertissimè ostendit, satis esse liberum quem existimari tempore faciendi testamenti: nec ex eo, quod postea esse apparuit, testamentum vitiari. At dicat aliquis, cùm signatores tempore aperiendarum tabularum sigilla sua apud prætorem recognoscere & pro testamento testimonium

monium dicerē debeānt, *l. 4. & seq test. qu. aper.* an non ex eo necessariò sequitur, testamentum corruere, si quis è testibus, qui, cùm conderetur testamentum, pro libero adhibitus fuit; nunc, cùm aperiendum est, servus appareat? *arg. l. 11. C. de testib.* quo loco scriptum est, servos testimonij dictionem in judicio non habere. Non magis, inquam, quàm si quis è testibus ante apertas tabulas vita functus sit; aut furiosus, cæcus, mutus, surdus, &c. factus. 3 Nam ut rectè D. Viglius, sigillorum ista inspectio requisita fuit, non ut formalis aliqua testamenti solennitas, sed ad certiorem probationem voluntatis, & tunc, cùm testes adhuc viverent, aut tales essent, qui testimonium perhibere signis inspectis & recognitis possent: testibus autem mortuis, aut inhabilibus ante id tempus factis, non idcircò statim voluntas defuncti concidit, cùm adhuc aliis argumentis & conjecturis sigillorum fides confirmari possit, maximè accedente adminiculo subscriptionis testatoris & testium: nam manus cujusque & subscriptio pluribus nota esse solet; potestq; etiam in dubio probari per litterarum comparationem. Fusiùs hac de re disputat D. Viglius contra veteres juris interpretes, qui putavere, vel uno teste ante aperturam tabularum mortuo vel inhabili facto testamentum protinus irritum fieri: ostenditque, ex ea persuasione factum, ut vetus testandi forma penè abolita sit, coperintque curare homines, ut de testamentis instrumenta publica per Notarios fierent; quod olim fuit incognitum. At usitatum erat testamenta publicari, hoc est, actis insinuari vel referri in acta publica; quod hæredes scripti fieri procurabant, ne, si casu materia, in qua primum testamentum scriptum esset, intercidisset proximi ab intestato negotium iis facesserent. Nam publicatum testamentum priori scriptura casu amissa plenam fidem sine alio adminiculo faciebat, *vid. leg. 2. & leg. testamenta* 18. *Cod. hoc tit. & ibi D. Donel.* Quod autem de servo rescriptum est, id non dubito, quin rectè producatur ad defectus aliarum quoque qualitatum, quæ in testibus testamentariis requiruntur, si eadem ratio est; putà si impubes adhibitus sit, qui pubes putabatur; mulier virili habitu virum simulata; prodigus, qui tempore conditi testamenti pro sano à plerisque habebatur. Idem enim favor, eadem benignitatis ratio testamentorum, quod summo jure inutile defendunt, *Joseph. Ludov. comm. opin* 69. *in* 4. *fallent.*

Omnium consensu] Donell. in *l.* 1. *C. hoc tit.* consensum sive opinionem cæterorum testium intelligit. Quod non placet. Quid enim, si hi nesciant, servum esse, aut status controversiam pati, quod alij omnes in civitate sciant? Nec magis verba, *omnium consensu*, ad testes solos restringi possunt, quàm illa quæ mox sequuntur, *nec quisquam esset, qui status ei quæstionem moveret.* Quæ itidem expressa sunt re- 4 scripto Adriani. Omnium igitur consensu sic potiùs accipiemus, consensu omnium, qui in civitate sunt opinione totius populi, aut certè majoris partis, quia publicè liber à plerisque habebatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, *argum. leg. 3. in pr. de sen. Mac. l. 3. §. 2. de testib.* Quam ob causam Io. Fab. existimat, nec illud testamento nociturum, si unus & alter è testibus sciverit conditionem illius & tacuerit. Putatque hoc amplius, locum esse huic constitutioni, etiamsi plures ejusdem generis non idonei per ignorantiam adhibiti sint, *arg. d. l. 1. C. hoc tit.* quod & Bachovius videtur admittere, dum ne pauciores, quàm duo, habiles sint & idonei. Latiùs hic exspatiantur DD. dum quærunt, an gesta ab his, qui se pro scribis aut notariis gerunt, cùm non sint, sed communi errore tales habeantur, & instrumenta ab his facta, valeant. Et sic vulgò distinguitur; ut referat, utrum alicui publica auctoritate hujusmodi persona per errorē imposita sit, an quis ipse sibi privatim eam assumpserit: illo casu valere quod gestum est, per *l. 3. de off. prat.* hoc casu acta non valere, & speciale esse, quod in casu hujus §. testamento succurritur. *vid. Sichard. ad d. l. 1. C. hoc tit. sub. fin. Iason. ad. d. l. 3. qui de eo disputat accuratissimè.*

TEXTUS.

8. *Pater, nec non is, qui in potestate ejus est: item duo fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, utique testes in uno testamento fieri possunt: quia nihil nocet, ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.*

NOTÆ.

8. PATER, NEC NON IS, &c.] *Ex l. pater* 17. *D. de testib.* ratio est in textu add. *l.* 20. *pr. h. t.* Ulp. *tit.* 20. §. 5.

COMMENTARIUS.

HIc locus sumptus est ex *l. pater* 17. *de testibus*, *add. leg. ad testium* 22. *pr. hoc tit. Ulpian. tit* 20. §. 5. Dubitandi causa, ut mox indicatur, esse potest, quod plurium ex una domo testimonium suspectum videatur, propterea quod hi facilè colludere atque in unam eandemque meditatam

sententiam conspirare possunt, *& fac. l. 3. §. 1. de testib.* Sed subjungitur solutio, nimirum tale nihil hic metuendum; ubi plures ex una domo testes adhibentur negotio alieno, unde nihil ipsi commodi sperent: suspicionibus enim non usque adeò indulgendum esse, ut quisquam gratuitò malus esse præsumi debeat. Quapropter quod dicitur in *l. 6. de testib.* testes idoneos non esse, quibus imperari potest, ut testes sint, rectè Glossa sic interpretatur, ut testes sint in causa imperantis, eosque pro se producentis. Ne quis putet jus potestatis & filio imperandi obstare, quominus pater simul & filius in alieno negotio testes esse possint. Neque ambigendum est, quin filiusfam. etiam patre invito testimonij dictionem habeat, cùm publica auctoritate testimonium denuntietur, cujusmodi in causis jura patris interquiescunt, *arg. l. 9. de his qui sui vel alien. jur.* Illud etiam hic notandum, patrem & filium, item duos fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, in alienis negotiis (non enim in testamento duntaxat hoc obtinet, *d. l. 17. de testib.*) diversarum personarum numero haberi.

TEXTUS.

9. *In testibus autem non debet esse is, qui in potestate testatoris est. Sed si filiusfamilias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater ejus rectè adhibetur testis, nec is, qui in potestate ejusdem patris est. Reprobatum est enim in eare domesticum testimonium.*

NOTÆ.

9. QUI IN POTESTATE] Igitur à contrario, qui in potestate testatoris non est, putà filius emancipatus, rectè testis adhibetur: & vicissim pater in testamento illius. Aliud juris est in testimonijs judicialibus, *l. 9. D. de testib. l. 6. C. eod.*

POST MISSIONEM, &c. NEC PATER EIUS, &c.] Aliud tamen placuisse videtur Ulpiano & Marcello, *l. 20. §. 2. h. t.* ut benè animadvertit Hotom.

IN POTESTATE EIUSDEM PATRIS] Frater scilicet testatoris συνυπεξούσιος, non emancipatus.

DOMESTICUM TESTIMONIUM] Id est, eorum, qui ita conjuncti sunt, ut alter sit in familia & potestate alterius; & unà cum eo fictione juris persona. Nam ut rectè Græci, οἰκειακὴ μαρτυρία, ἐκ συγγενείας, ἀλλ' ἐκ τῆς ἐνώσεως τοῦ ὑπεξουσίου τύπου λαμβανομένη. *Non ex cognatione, sed ex conunatione, qua per patriam potestatem contingit.* Eadem scil. ratione, qua sui hæredes domestici, *§. 2. inf. de har. qual.* in judiciis autem testes omnes domestici intelliguntur, qui de domo ac cusati producuntur, *l. 3. C. de testib. l. 24. D. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Quomodo quæstio formanda in filio teste in testamento patris.*

2 *Quid obstet, quominus qui in potestate testatoris est, testis in ejus testamento esse possit. Et quid de filio emancipato, &c.*

3 *Cur in testamento filij fam. post missionem de castrensi peculio testantis pater testis non admittatur, qui tamen ad tabulas filij emancipati rectè testis adhibetur.*

4 *Dissentire Iustinianum in proposita specie ab Vlpiano & Marcello.*

5 *Domesticum testimonium hoc loco æstimari ex unione personarum, quæ per potestatem contingit, etsi in alijs causis domestica testimonia interpretamur testimonia personarum domesticarum.*

HActenus de personis, quarum ea est inhabilitas, ut nullius in testamento testes adhiberi possint; sunt etiam quædam, quæ cùm per se habiles sint, & rectè adhibeantur, non tamen rectè adhibentur in testamentis omnium, idque ob causam aliquam privatam, quæ eas κατά τι inhabiles facit. Causa huius inhabilitatis duplex; conjunctio testis & testatoris per potestatem: item negotium testamenti ad eum, qui testis adhibetur, pertinens. Prima hoc §. altera seq. explicatur.

Qui in potestate testatoris est] Igitur nec filius testatoris, nec nepos eius ex filio, qui in potestate sit; nec is, quem testator ab hostibus redemerit, *l. qui testamento 20. in fin. pr. & §. 1. hoc tit.* Sed enim cùm constet, filium, qui in potestate sit, aut hæredem instituendum esse, aut nominatim exhæredandum, silētio eo præterito testamentum ipso jure non consistere, absurda potest videri hæc disputatio. Nam fingamus, esse institutum, jam alia & propria ratione testis esse non poterit, quia hæres, *§. seq.* Fingamus, exhæredatum, & nihil videtur obstare, quominus rectè testis sit, qui sua se manu exhæredem scribere potest, salvo testamento: *l. non putavit 8. si quis 6 de bon. poss. cont. tab.* nec ullæ hic metuendæ technæ, cùm in suam nemo perniciem ingenuosus sit. Quod si dicas, durum videri, ut filius palam testis adhibeatur exhæredationis & ingratitudinis suæ; quid si testamentum, quo exhæredatus est, clausum proponatur, in quo quid scriptum sit.

à

à testibus omnibus ignoretur? ita enim in proposito quæstio formanda est, ut jam illud objici non possit. Quid est igitur, quod hic obstet, quominus filius testis sit? Nihil aliud, quàm jus potestatis, quod fictionem quandam unitatis personarum inducit inter eum, qui habet in potestate, & qui in
2 potestate habetur, *§. si quis inf. de inut. stip. l. ult. C. de impub. & al. subst.* Quo fit, ut si alteri alter testimonium dicat, sibi quodammodo dicere videatur, quod subtilitas juris non patitur, ut post Viglium hic notant plerique recentiores, & est textus eò pertinens in *§. seq. in fin.* Addunt nonnulli huc etiam referendum, quod generaliter placuit, idoneos testes non videri, quibus imperari potest, ut testes fiant, *l. 6. de testib.* Ego verò arbitror, definitionem istam valere tantùm in testimoniis judicialibus; quamvis verum sit, hic quoque quæri de adhibendo eo, cui imperari potest. Ait, *qui in potestate.* Igitur à contrario, qui in potestate testatoris non est, putà filius emancipatus, rectè testis adhibetur, & pater vicissim in testamento illius; neque enim credendum est verba illa frustrà hic & in *d. l.* 20. expressa esse. Præterea cessat in emancipato ratio prohibitionis, vinculum scilicet unitatis, quod per emancipationem solvitur. Et vel magis igitur poterit quis testis esse in testamento matris & avi materni. Non obstat, quòd parentes & liberi hoc ipso quod parentes & liberi sunt, invicem testes esse prohibentur, *l. 9. de testib. l. 6. C. eod.* nam ista prohibitio pertinet tantùm ad illa testimonia, ex quibus lucri aliquid accedere potest parenti vel filio, cui testimonium dicitur, qualia sunt testimonia judicialia, de quo paulò diligentius posteà.

Sed si filiusfam. post missionem &c. neque pater ejus rectè adhibetur] Filiusfam. testamentum facere non potest, præterquam si testetur de castrensi peculio *inf. tit.* 12. ac proinde eo solo casu quæstio hæc locum habere potest, an pater ad testamentum eius testis adhiberi possit. Sic autem hoc loco distinguitur, ut si filiusfam. militans adhuc testamentum faciat de rebus castrensibus, pater rectè testis adhibeatur, si post missionem non æquè. Cæterùm quod ad priorem casum amplius adhuc distinguendum existimo, utrùm scilicet militans adhuc testamentum faciat jure militari in castris aut expeditione, an extra castra jure communi; ut illo demùm casu pater rectè adhibeatur, propter libertimam, quæ militibus data est, in castris testandi facultatem; hoc autem casu non magis quàm si testetur post missionem, *arg. pr. & §. 3. tit. seq.* & verba illa, *post missionem*, non ideò hic adjecta esse, quia ante missionem filius testamentum faciens semper patrem adhibere possit, sed quia post missionem nunquam. Sed hic nobis occurritur exemplo emancipati, ad cujus tabulas patrem posse testem adhiberi diximus, non alia ratione quàm quia emancipatus non est in potestate. At in eo, de quo quærimus, nec filiusfam. in potestate est; quippe qui in castrensi peculio vice patrisfam. fungitur, *l. 2. de sen. Mac.* Huic objectioni ita ferè responderi solet; multum interesse, utrùm quis reverà & sine exceptione sit paterfam. & patri suo extraneus, qualis est filius emancipatus? an quis in re aliqua pro patrefam. habeatur, manens reverà ὑποτέλεσιος & domesticus patri suo: qualis est, qui peculium castrense habet. Etenim peculij huius concessionem non eximere filium de domo & potestate patris, *§ s. 4. sup. quib. mod. jur. pat. post. solv.* & consequenter non efficere, ut una persona cum patre censeri desinat: tantum liberam filiofam. de iis rebus disponendi facultatem tribuere & hæredem etiam in ijs instituendi, in quo patrifam, comparetur. Cæterùm ut ipse pater propter vinculum unitatis, quod retinetur, hunc filium ad suum testamentum adhibere non potest, ita nec in illius tabulis patrem adhiberi posse. Equidem fateor, hæc ita pro Iustiniano, &, si qui veterum fuere, quos ille secutus est, speciosè disputari; video tamen, aliud placuisse Marcello, cuius auctoritatem etiam Ulpianus secutus est in *l. qui testamento 20. §. 2. hoc tit.* Ita enim scribit: *Per contrarium quæri potest, an pater eius, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit. Et Marcellus libro 10. Digestorum scribit posse: &* 4
frater ergo poterit. Contraria omninò sententia & directò pugnans cum eo, quod hoc loco tradit imperator ut benè animadvertit D. Hotomannus. Nam quod cæteri interpretes, inter quos etiam Viglium & Bachovium esse video, Marcelli sententiam restringunt ad eum casum, quo filiusfam. de peculio castrensi testatur jure militari sive privilegiato, nullo colore defendi potest. Primum quia tota tractatio illius tituli propria est testamenti solemnis, ut proinde verisimile non sit, Ulpianum eo loco miscuisse quæstionem, quæ ad militaria testamenta pertineret; quod nulla alia in parte ejusdem tit. aut factum est, aut factum oportuit. 2. Quia Ulpianus hanc quæstionem proponit oppositivè ad præcedentem, quæ oppositio in dissimili genere testamenti planè inepta foret. Negaverat, *in §. 1. ejusdem l. 20.* filium, qui in potestate est testè esse posse in testamento patris. Hoc dictum omnes intelligunt de testamento solemni, nec ad testamentum militare pertinere. Mox per contrarium quærit, an pater eius, qui de peculio castrensi testari potest, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit; & ait, posse, ex sententia Marcelli. Ad hæc quæstio mini-

mè præcedenti contraria est, nisi de eodem genere testamenti, ad quod præcedens pertinet, accipiatur. 3. Notanda sunt verba Iurisconsulti. Non quærit de testamento filijfam. militis aut in castris agentis, sed quæstionem generaliter atque indistinctè proponit de omni filiofam. qui de castrensi peculio testari potest: at potest non solùm miles in castris agens jure militari, sed idem etiam extra castra jure communi: potest eodem jure & veteranus seu militia missus, 4. De testamento jure militiæ facto ne dubitari quidem justè potest; quippè cùm verba privilegij, quod militibus indultum est, *quomodo velent, quomodo poterunt. l. 1. de testam. mil.* facilè hanc in personis testium differentiam absorbeant, & reciprocationem testimoniorum patris & filij admittant; imò ne testem quidem desiderent, ubi de militis voluntate constet: de quo ampliùs, §. 1. *seq. tit.* Et fortasse motus fuit Marcellus ea, quam dixi, ratione; quia placuit, filiumfam. in peculio castrensi pro patrefam. haberi, quasi ob id etiam diversam à patre personam in causa istius peculij sustinere debeat: id enim receptum est cùm de acquirendo ex causa huius peculij agitur, in quo ferè solo alioqui fictio illa, quod pater & filius pro una persona habeantur, locum habet.

Ea in re domestica testimonium] Mysticus horum verborum sensus est, ne quis ex his colligat in alijs causis domestica testimonia non reprobari. Quin in causis judicialibus multò magis reprobantur, & tanto, quanto major est reprobationis causa. Sed nimirum hæc Iustiniani sententia est; Licet in testamentis de lucro aut commodo ejus, qui testes adhibet, non agatur, ut sit in causis forensibus, ac proinde hic verendum non sit, ut propter affectionem aut reverentiam veritas celetur, quam ob causam etiam personæ conjunctissimæ & amicissimæ hic invicem jus dicendi testimonij habeant: nihilominùs tamen domesticum in hac causa testimonium prohibitum esse, hoc est, eorum, qui ita conjuncti sunt, ut alter sit in familia & potestate alterius, & fictione juris eadem cum altero persona, unde cùm alteri testimonium præstat, sibi quodãmodo præstare videatur. Hac sola juris subtilitate testimonia in proposito vetari, non aliqua falsi suspicione propter cognationem aut affectum. Atque hanc esse Iustiniani sententiam hic ipse locus satis perspicuè indicat, quam idcircò etiam his verbis extendit Theophilus; τὸ δ οἰκιακὸν, inquit, μαρτυρίαν οὐκα ἐ συγχωρεῖς; ἀλλ' ὅτι τῇ ἐγνώσεως τ ὁ ἀπεξαιρῆται καὶ ὅλως ἀνορθῶ. eademq; ferè ratione Iustinianus, *inf. de her. qual.* §. 2. suos hæredes appellatos esse ait, quia domestici hæredes sunt, quibus opponit extraneos, id est, omnes, qui in potestate morientis non fuerunt. Cùm igitur prohibendi hujus testimonij non alia causa sit, quàm unio illa personarum, quæ per potestatem contingit, sequitur, inter eos, qui ita uniti non sunt, testimonia testamentaria licita esse, quamvis alioqui summa sit inter eos conjunctio aut charitas. Itaque & patrem rectè testem adhiberi in testamento filij emancipati, avum in testamento nepotis ex filia & contra: item virum in testamento uxoris; multoque magis patronum in testamento liberti, & patremfam. in testamento mercenarij, & vice versa libertos, & mercenarios in testamentis illorum: ac proinde errare interpretes, & inter hos Ant. Matthæum, qui testimonia testamentaria cum judicialibus confundunt. In judicijs nulli parentes & liberi invicem idonei testes, *l. 9. de testib. l. 6. C. eod.* suspecti omnes, quibus quovis modo imperari potest, *l. 6. eod.* qualis est etiam libertus in domo patroni degens; item qui mercede conducuntur, ut famuli & coloni in villis aut id genus alij, qui domi famulantur. In his enim causis domestica testimonia interpretamur testimonia personarum domesticarum, hoc est, eorum omnium, qui de domo rei, qui in eos imperiũ habet, producuntur, *l. pen. de testib. fac. l. 11. §. furta domestica de pœn. l. ult. § pen. C. de his qui ad eccles. conf.* Discriminis ratio jam antè à me indicata hoc est, quod in cæteris causis agitur de commodo pecuniario ejus, cui testimonium dicitur, ut meritò in his testes omnes rejiciantur, quos vel affectione, vel reverentia, aut obsequio veritatem celaturos, suspicio est: in testamento autem non de commodo testatoris, sed hæredis agitur, ut non tam illi, quàm huic testimonium testes perhiheant.

TEXTUS.

10. *Sed neque hæres scriptus; neque is, qui in eius potestate est; neque pater ejus, qui eum habet in potestate; neque fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt: quia hoc totum negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem & hæredem agi. Licet autem jus tale conturbatum fuerat, & veteres quidem familiæ emptorem & eos, qui per potestatem conjuncti fuerant, à testamentarijs testimonijs repellebant: hæredi autem, & ijs, qui per potestatem ei conjuncti fuerant, concedebant testimonia in testamentis præstare: licet ij, qui id permittebant, hoc jure minimè abuti eos*

debere

debere suadebant: tamen nos eandem observationem corrigentes, & quod ab illis suasum est, in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiæ emptoris, meritò nec hæredi, qui imaginem vetustissimi familiæ emptoris obtinet; neque aliis personis, quæ ei (ut dictum est) conjunctæ sunt, licentiam concedimus sibi quodammodo testimonia præstare: ideoque nec ejusmodi veteres constitutiones nostro Codici inseri permisimus.

NOTÆ.

10. CREDITUR HODIE] Sublata videlicet familiæ mancipatione. Expende, quod ait *totum*, ut hac ratione testimonium recipiatur legatarii & fideicommissarij. Cujac.

HÆREDI AUTEM] Non tantùm clàm scripto, sed palam etiam nuncupato.

PRISTINI FAMILIÆ EMPTORIS] Cujus testimonium ideò receptum non fuisse certum est, quia negotium testamenti palàm & apertè cum eo ipso, ut vero hærede, agebatur.

COMMENTARIVS.

1 *Cur veteres fiduciarium familiæ emptorem à testimonio removerint, hæredem admiserint.*

2 *An ad testamentũ rectè adhibeatur pater hæredis, cuius in potestate non est, filiusve hæredis emancipati, &c.*

CAusa privata altera, quæ testem inhabilem facit, est negotium testamenti, quod cum teste agitur. Negotium testamenti dicitur id, cujus præcipuè causa testamentum ordinatur, nimirum institutio hæredis sive universi juris successoris. Nemo igitur testis adhiberi potest in eo testamento, in quo hæres scriptus est: quod ideò placuit, quia in testamento negotium hæredis rectà & principaliter agitur, utque is solus sit juris successor. Hærede autem summoto consequens fuit, ut una removeretur, qui in potestate ejus est, & pater quoque, qui eum habet in potestate, & denique frater, qui cum eo in ejusdem patris potestate est, propter vinculũ illud unitatis, de quo dictum, § *pr. hujus tit.* initio ipse hæres futurus emebat familiam à testatore, isque eam hæredi mancipabat, ut ille hoc tanquam justo titulo bona post mortem testatoris pleno jure Quiritium consequeretur. Procedente autem tempore, ob causas, quas ibidem indicavimus, hoc mutatum fuit, institutumque, ut solennitatis implendæ causa familiæ quidem emptor palam adhiberetur, sed alius ab hærede, & fiduciarius, qui hæredi fortè clàm in tabulis scripto familiam remanciparet. Quo recepto cœpit familiæ emptor à dicendo in testamento testimonio summoveri, & hæres admitti; quasi negotiũ testamenti, jam non tam cum hærede, quàm cum familiæ emptore gereretur, & absurdum sit, eum, cum quo negotium aliquod geritur aut contrahitur, licet imaginariè, testis officio fungi. Atq; hoc etiam obtinebat, etsi hæres scriptum se non ignorabat. Cicero in orat. pro Milon. *Cyri testamentum palam obsignavi cum Clodio: & illum hæredem & me scripserat.* Cæterùm ab eo jure posteà iterũ recessum fuisse arguit, *l. qui testam. 20. pr. h. t.* nisi locus ille à Tribonian. interpolatus sit, aut de alio genere testamenti intelligendus, quàm quod per æs & libram fiebat, accipiendus, *arg. §. 2. inst. 20. Inst. Vlpian.*

Minimè hoc iure abuti eos debere suadebant] Et si testimonium hæredis apud veteres licitum esse cœpit, cum alius familiam emeret, existimabant tamen, minùs verecundè hæredem facturum, si sciens se hæredem scriptum esse, jure sibi concesso uteretur; quamobrem etiam suadebant, ut potius se excusaret, atque à testimonio, si pudori suo consulere vellet, abstineret. Non enim potuit locus esse huic suasioni, ubi, quis hæres institutus esset, ignoraretur. Est autem illud omnino verisimile, sublata ratione testandi per æs & libram (quod factum creditur statim post translatum in Thraciam imperium, *arg. l. 15. C. hoc tit.*) hæredem amplius testem esse non potuisse in ullo testamento: quippe cùm ex eo tempore negotium testamenti non tantùm seriò, sed recta etiam cum ipso hærede agi cœptum sit, quod anteà simulatè agebatur cum emptore familiæ in testamento per æs & libram: quod etiam ratio initio hujus text. prolata, *Quia totum hoc negotium, &c. creditur hodie inter testatorem & hæredem agi*; perspicuè ostendit: ut adeò non admodum necesse fuerit, suasionem istam veterum in legis necessitate à Iustiniano transferri; quod tamen hic se fecisse profitetur.

Neque aliis personis, quæ ei, ut dictum est, conjunctæ] Scilicet per potestatem, quod anteà expressit: ea enim sola conjunctio efficit, ut omnes ita conjuncti pro una persona habeantur, atque ut sibi quodammodo, quod ait, testimonium præstent.

Ex

Ex contrario igitur etiam hic rectè colligas, eos, qui in potestate hæredis non sunt, putà liberos emancipatos, item patrem hæredis, in cujus potestate non est, & fratres ejus, ad testimonium in proposito admitti posse. Nam cùm hi omnes diversæ sint ab hærede personæ, non potest dici, negotium testamenti propter hæredem etiam cum his agi, eosve sibi aut in re sua testimonium dicere: licet fortè ex eo commodum aliquod hærede mortuo consequi possint: nam nec legatarium testimonium rejicitur, quamvis & ipsi in consequentiam lucrum ex testamento capiant. Fatendum tamen est, esse aliquid in personis hæredi sanguine sic conjunctis, ob quod videri possint ad testimonium non admittendi, quod non sit in iis, qui testatori naturaliter conjunguntur, propterea quod, ut dictum, §. *præc.* non de testatoris, sed hæredis commodo hic agatur, ut quamvis non testatoris hæredis tamen parentes aut liberi suspicione graventur. Verùm in contrarium considerandum est, ignorari plerumque, quis hæres scriptus sit, idque non tantum cùm signatur testamentum, sed etiam cùm testes jubentur signa sua recognoscere, quod fit ante aperturam tabularum, *leg. 4. test. quem aper.* Sed etsi sciatur, quis hæres scriptus sit, aut si palam hæres nuncupatus, non putarem tamen, statim testamento obesse debere, quod dicantur inter testes adhibiti parens aut filius aut frater hæredis (dempta conjunctione per potestatem.) Nam primò si quam suspicionem necessitudo inducit, ea facilè reliquo testium numero deletur. Deinde etsi negotium hæredis in testamento agitur, is tamen non est onerandus, quia ipse testes initio ad hoc non adhibuit, sed testator; neque aliis testibus postea ad probandam testatoris voluntatem uti potest, quam iis ipsis, qui adhibiti sunt, cum testamentum ordinaretur. In quam sententiam etiam D. Viglius inclinat.

TEXTUS.

12. *Legatarijs autem & fideicommissarijs, quia non juris successores sunt, & aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus: imò in quadam nostra constitutione & hoc specialiter eis concessimus. Et multo magis iis, qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate, hujusmodi licentiam damus.*

NOTÆ.

12. LEGATARIIS] *l. 20. pr. hoc tit. l. 22. C. eod. l. 14. de reb. dub.* fideicommissarius universalis hæredis loco est, & ex SCto. successor juris, *§. 3. & 4. inf. de fideic. hær.*

QUIA NON IURIS SUCCESSORES] Non juris universi, sed rerum singularum, *l. 9. §. 1. D. de edend.* quorum gratia testamentum non ordinatur, sed universi successoris, id hæredis habendi causa. Itaque negotium testamenti cum solo hærede geritur, non cum legatariis: nisi fortè per consequentiam; quod placet hic non attendi confirmato testibus adhibitis ipso testamento, *d. l. 14.* Symmach. *lib. 10. epist. 55.*

NOSTRA CONSTITUT.] Non extat: sed Zenonis hac de re habemus in *l. 22. C. h. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Divinatorium esse, quod quidam prodiderunt, legatarios testes esse veritos Senatusconsulto Liboniano, & contrarij juris primum auctorem fuisse Scævol.*

2 *Ratio Iustiniani, cur Legatarijs & fideicommissariis jus testimonij non denegetur, exposita.*

3 *Afferuntur complures alia, & certiores.*

4 *Dispositionem hujus §. non tantum in testamentis scriptis, sed etiam in nuncupativis obtinere, confutata singulari opinione Ant. Fabri.*

5 *Fideicommissarios universales huc non pertinere.*

LEgatum aut fideicommissum testamento alicui relictum eum testem inhabilem in eo testamento non facit: sed placuit legatarios & fideicommissarios testes in testamento adhiberi posse, *l. qui testamento, 20. in pr. hoc tit. fac. l. si quis 14. de reb. dub. l. dictantibus, 22. C. hoc tit.* Quo admisso jam eorum etiam, & quidem multo magis, testimonium recipiendum fuit, qui iis per potestatem conjuncti sunt. Dionys. Gothofredus in *d. l. dictantibus*, scribit, olim legatarios testes in testamento esse non potuisse ex Senatusconsulto Liboniano: Hotomannus hic, controversum hoc jus fuisse: & primum Scævolam ejus inducendi auctorem: atque existimat uterque, hoc ipsum esse, quod Plinius *lib. 2. epist. ult.* ut improbissimum genus falsi notat. Sed quis Gothofredum docuit, tale quid cautum fuisse Senatusconsulto Liboniano? Aut quis Hotomannum, fuisse Scævolam contrarii juris primum auctorem? Non, si Scævola hoc jus comprobavit, ut testantur Arcadius & Honorius, *l. 3. C. Theod. de testam.* protinus sequitur, eum esse illius juris primum auctorem. Quis verò credat, si verum est, quod Gothofredus scribit, Scævolam respon-

surum

surum fuisse contra auctoritatem recentis Senatusconsulti ? Plinius verò loco citato non illud improbum falsi genus appellat, si quis testimoniũ dicat in testamento, ex quo legatum capit ; sed si quis eiusmodi technis, quibus usum esse scribit Marcum quendam Regulum, nequissimum omnium bipedum, alijsve malis artibus testatorem aggrediatur, & legatum extorqueat: quem eundem Regulum intelligit Iuvenalis *satyr.* 1.

Signator falsò, qui se lautum atque beatum
Exiguis tabulis, & gemma fecerat uda.

Cæterum locus ipse evidenter ostendit, jam tum legatarios testes rectè adhibitos, aut testibus legatum rectè datum. Quin etiam diu ante tempora Plinij hoc jus obtinuisse liquet ex *d. l.* 14. *de reb. dub.* ubi auctoritate Trebatij illud defenditur.

2 *Quia non sunt juris successores*] Ratio à posteriori, ut videtur, unde intelligamus, non ut cum hærede, ita cum legatarijs & fideicommissarijs negotium testamenti geri; ac proinde non eodem modo hos, ut illum, à testimonio testamentario repellendos: quod enim dixit §. *prec.* negotium testamenti inter testatorem & hæredem geri, & ideò hæredem non debere testem adhiberi in eo testamento; in quo hæres instituitur; id hanc rationem habet, quia hæres universi juris successor est : quippe successoris universi juris habendi gratia testamentum ordinatur, ejusque designatio caput est & fundamentum totius testamenti. Uti igitur hæredis testimonium rejicitur ob id, quod negotium testamenti est negotium successoris juris ; ita legatarij admittitur, quia hoc negotium ad eum non pertinet, qui successor juris non est: ille removetur ab illius negotij tanquam suæ rei testimonio: hic admittitur in illo negotio testis tanquam in re aliena. Quod etiam significare videtur Marcianus in *d. l.* 14. *de reb. dub.* cum ait, ipsum testamentum confirmari testibus adhibitis: nempe universum illud negotium, quod inter testatorem & hæredem de juris successione agitur, signatorum testimonio confirmari non attẽto legato ex illa juris successione pendente. Sed esto ; ne sint legatarij juris successores : legata ad constitutionem testamenti non pertineant, & hactenus dicatur negotium testamenti ad legatarios non pertinere : fatendum tamen utique est, saltem aliquo modo etiam de re legatarij in testamento agi; quippe qui emolumenti ex testamento percipiendi spem habet, cujusque propterea pecuniariter interest, testamentum confirmari, ne relictum concidat; *l. eam quam C. de fideic.* Hoc ipsum verò satis causæ est ad arcendos à testimonio legatarios. Nã etsi non principaliter & recta in rem suam testimonia ferant, sed hæredis ; per consequentiam tamen confirmati testamẽti & hæreditatis aditæ hoc etiam ad ipsorum commodum pertinet: ac proinde quod nemini concessum est, *l. nullus* 10. *de testib. & C. eod. l. omnibus*, in re & causa propria nihilominùs testimonium dicunt ; siquidem palam est, causam propriam esse eam, cujus emolumentum aut damnum ad aliquem quoquo modo suo nomine pertineat, *l.* 1. *§. in propria* 11. *quand. appel. DD. in d. l. omnibus & l. seq. C. de testib.* Quamobrem etsi ratio Iustiniani hoc efficit, ut magis hæres repellendus sit, quàm 3
legatarius: tamen non satis idonea videtur, ut propter eam legatarius debeat admitti. Ea verò ita est; nec dubitandum, quin certiore aliqua & speciali ratione hoc jus receptum fuerit; quamvis nulla præter hanc Iustiniani in libris nostris apertè tradita inveniatur. Interpretes complures afferunt. Prima est, quod numerus reliquorum testium & cæterarum rerum diligentissima observatio testimonium legatarij ab omni falsi suspicione tueturi neque tam ob testimonium legatarij, quàm ob reliquorum, ad quos ea res non pertinet legatum sustineatur. Secunda est, quod in proposito legatarijs res sit cum hærede, qui, cùm hoc debeat testibus, quod testamento eorum testimonio confirmato ipse hæreditatem & bona universa defuncti consequitur, improbè facturus sit, si legatum aliquibus eorum relictum hoc prætextu præstare recuset, quod in re propria testimonium dixerint. Nam sive tempus facti testamenti sive aperti consideretur, testes de voluntate testatoris duntaxat à suo facto deponunt: posteà verò cùm legatum petunt, cum solo hærede iis negotium est, qui non potest non improbè fidem derogare testimonio eorum, quorũ fidem in sua causa secutus est. Hanc attulit Bachovius, eaque mihi non minimi ponderis esse videtur. Et fortassis hoc potiùs est, quàm quod antè dixi, quod Marcianus sensit in *d. l.* 14. *de reb. dub.* cùm ex Trebatij & Pomponij sententia legatum signatoribus sive testibus (nec enim hi diversi sunt) relictum ideò valere scribit, quia ipsum testamentum testibus adhibitis confirmatur. His accedit & tertia, quod veteres suprema ordinaturi amicis ferè signatoribus utebantur, quibus amoris testificandi gratia nihil relinqui posse, durum sanè atque inhumanum esset. In quam rem elegans locus est Symmachi *l.* 10. *epist.* 55. *Quis*, inquit, *non familiarissimum quemque signando adhibet, cum extrema condunter? Iam quid mirum est si in oculis positus mereatur aliquod monumentum religionis, qui meruit advocari?* Porrò ita disputat, ut, si his legibus viveremus, ut tenuis honor, quo subscriptores ob amicitiam defunctus adspergit, legitimum possit abolere judicium inimicis signatoribus tutius uteremur: inanemque

appellat calumniam & rem post humanam memoriam inauditam, objectionem Bassiani cujusdam,
4 qui hoc jus in dubium vocabat: facit *l. Pamphilo* 39. §. 1. *de leg.* 3. Atque his ego rationibus adducor, ut credam, hoc jus non tantùm in testamentis scriptis servandum esse, verùm etiam in nuncupativis: licet dissentiant *Duar. ad tit. qui testam. fac. & Ant. Fab. decad* 66. *err.* 1. *& seqq.* & quidem in testamento nuncupativo, quod, uti nunc mos est, per Notariũ in scripturam redigitur, ea res minorem dubitationem videtur habere, quia privatum legatarij testimonium publicæ personæ juvatur fide, *Io. Fab. Aretin. Imol. Vigl. Zypæus not. ur Belg. de testam.* utut Groenevv. *de ll. abr* hic subsistat: sed in mera simpliciq́ue nuncupatione causa est cur dubites, cùm hic testes recta tam de legato, quàm de jure hæredis deponant; nullaq́; alia re testimonium juvetur, ut videri possit; perinde id habendum esse, ac si quis sibi aliquid in testamento adscribat, quod Senatusconsulto prohibitum est, *l.* 14. *in pr. ad leg. Corn de falsi.* Et tamen magis est, ut hic quoque testimoniũ legatarij admittatur, cùm cæterorum testium fides suspicionem tollat, legataq́ue ac fideicommissa etiam codicillis relinqui possint, in quibus constat, quinque testes sufficere: utut mutua hic futura sint testimonia, quod notat *D. Hotom. add. Diod. Tulden. ad hunc tit. c.* 9. quanquam haud gravatè admiserim, nonnihil hic tribuendum religioni judicantium. Singularis opinio est Ant. Fabri. *d. dec. err.* 3. qui putat, *Nov.* 1. *c.* 1. in totum ab hoc jure recessum esse, ut hodie nec in scripto testamento testimonia legatariorum & fideicommissariorum admittenda sint, quoniam Iustinianus eo loco caverit contra veteris juris regulam, ut si scripti hæredes hæreditatem adire recusarent, ipsis legatariis & fideicommissariis potestas adeundi esset: unde colligit, jus testimonij dicendi nunc iis planè denegandum esse, locumq́; in iis nunc etiam habere rationem hujus §. quia juris successores fieri possunt. Ego verò malim dicere, hoc curandum non esse, quia ex accidenti est. *Casus adventitij*, inquit Scævola, *non sunt computandi, l.* 6. *qui & à quib. man.* & eleganter Græci; Οὐχὴ τοῖς ἐξαίφνης συμβαίνουσι θεμιτὸν ἐναντιοῦσθαι ἡμᾶς Planè locus hic accipiendus est de
5 fideicommissariis particularibus: nam universalis fideicommissarius, id est, cui ex fideicommisso restituitur hæreditas, loco hæredis est, & post Senatusconsultũ pro successore juris habetur, §. 3. & 4. *inf. de fideic. har. l.* 1. *l.* 3 *de fideic. har. pet. D. Tulden. c.* 8. *in fin.*

Quadam constitutione nostra] Calumniantium iniquitas sæpè flagitat, ut ea, quæ cert o jure constituta sunt, novis subinde constitutionibus specialiter sint confirmanda: quod etiam in proposito accidit. Constitutio autem Iustiniani, quò hic se refert, haud dubiè priori Codici inserta fuit: Cæterùm omissa est in Codice repetitæ prælectionis edito post compositionem Institutionum, quem solum hodie habemus. Et inepti sunt, qui hic intelligi putant aut constitutionem Zenonis *l. dilantibus* 22. *C. hoc tit.* aut responsum Iurisconsulti *leg. qui testam.* 20. *in pr. D. eod.* quãdo enim ita loquitur Iustinianus? At sæpè in his libris constitutionũ meminit, quæ in posteriori codice non habentur, ut in *§ sed nec inf. de leg. §. pen. inf. de leg. agn. succ. §.* 3. *de succ. libert.*

TEXTUS.

12. *Nihil autem interest, testamentum in tabulis, an chartis membranisve, vel in alia materia fiat.*

NOTÆ.

12. IN TABULIS] Ligneis dolatis & cera illitis. Hinc tabulæ testamenti, vel etiam tabulæ pro testamento, & lignum pro tabulis, *l.* 19. *de bon. poss. cont. tab.* Iuven. *sat.* 13. *&* 16. denique & cera pro tabulis, Suet. in *Iul. c.* 83. Horat. 2. *sat.* 5. Iuven. *sat.* 15.

AN IN CHARTIS] *l.* 1. *l.* 4. *de bon. poss. sec tab.* de varia materia, qua veteres in scribendo usi, v. Plin. *lib.* 13 *c.* 11. *&* 12. Alex. Neap. 2. *gen. dier.* Hot. 4. *obs.* 1. Salmas. *de mod. usur. c.* 10.

COMMENTARIUS.

1 *Unde sit, quod ceram pro tabulis veteres dixerint.*
2 *Testamenta non notis, sed literis scribenda esse.*

ANtiqui ferè in tabulis ligneis testamenta & quaslibet cautiones scribere solebant. Ex quo est, quod prætores in edictis suis de testamenti tabulis tantummodò loquuntur: & quod bonorum possessio, quæ liberis præteritis datur, vulgò dicitur dari contra lignum, *l. quod vulgo* 19. *de bon. poss. cont. tab.* & inde Iuvenalis *satir.* 13. *&* 16. adulterinas & mendaces cautionum tabulas appellat *vana chirographa ligni.* Tabulæ autem illæ cera illitæ erant, literasq́ue stylo, primùm ferreo, posteà
1 osseo, in iis extabant: unde factum, ut etiam cera pro tabulis diceretur. Sueton. *in Iul. Quintum Padium ex quadrante haredem instituit; reliquos in ima cera.* Horat. 2. *satyr.* 5.

Sic tamen, ut limis rapiat, quid prima secundo
Cera velit versu.

Iuvenalis *sat.* 15. *Accipe ceram, Scribe puer*, id est; accipe tabellas ceratas, aut ceratos pugillares, coque nihil apud hunc poëtam usitatiùs. Cæterùm

rum etiam alia materia usos fuisse constat, veluti chartis, membranis sive pergamentis, foliis & libris quarundam arborum, *l. librorum, 52. de leg. 3. add. Plin. lib. 13. c. 11. & 12. Alex. ab Alex. 2. gen. dier. 30. Hotom. 4. obs. 1.* Si quis curiosior, is adeat D. Salmas. *lib. de mod. usur. c. 10.* Quamvis autem prætor in dandis bonorum possessionibus tabularũ duntaxat mentionem faciat; non eo tamen minùs bonorum possessionem peti posse placuit, si in alia materia, quæ ad scribendum idonea sit, figura tabularum testamentum scriptum fuerit, *l. 1. de bon. poss. sec. tab.* Arq; adeò etsi in charta deletitia & opisthographo, *l. 4. eod.* Hodie Notarii qui ferè in testamentis adhiberi solent, in conficiendis instrumentis pergamentis uti solent: quanquam si in charta papyracea scripserint, non ideò protinus existimandum sit instrumentum nullum esse, aut partium jura lædi, ut hic D. Viglius notat. Illud quoque non refert, quo genere sermonis, quave lingua quis testamentum conscribat, *l. hac consultissima, 21. §. ult. l. quoniam, 15. C. de testam.* Cæterum litteris, iisque usitatis & legibilibus scribendum esse placuit, non signis obscurisve notis, *l. 6. §. ult. de bon. poss.* Utique tamen, si per notas usitatas, quibus scilicet utimur in designanda quantitate, portio hæreditaria aut summa legati expressa fuerit, institutio aut legatum non vitiabitur, *l. 9. §. 4. de her. inst.*

TEXTUS.

13. *Sed & unum testamentum pluribus codicibus conficere quis potest, secundùm obtinentem tamen observationem omnibus factis: quod interdum etiam necessarium est; veluti si quis navigaturus & secum ferre & domi relinquere judiciorum suorum contestationem velit: vel propter alias innumerabiles causas, quæ humanis necessitatibus imminent.*

NOTÆ.

13. UNUM TESTAMENTUM] Nemo enim paganus cum duobus testamentis decedere potest, *l. 19. de testam. mil.*

PLURIBUS CODICIBUS] Pluribus exemplaribus, *leg. 24. hoc tit. l. 1. §. 5. sec. tab. l. 47. de legat. 2.* pluribus tabulis, *d. l. 1. §. 6. leg. ult. quæ in testament. de leg.* ut tamen omnia sint inter se ἰσότυπα, unius tenoris & formæ, ac solemnitatis, *d. l. ult.* & facta quasi testamentum; non unum quasi testamentum, aliud quasi exemplum seu ἀντίγραφον, *d. leg. 1. §. 7. sec. tab.* add. Salmas. *ubi sup.*

COMMENTARIUS.

1 *An ut unius testamentum in plures codices referri, ita & plurium testamenta in unum codicem conferri possint.*

PLuribus codicibus] Id est, pluribus exemplaribus, *l. unum, 24. hoc tit. l. 1. §. si quis, 5. de bon. poss. sec. tab.* aut pluribus tabulis, *l. ult. quæ in test. del.* Ait, *unum testamentum.* Nemo enim paganus cum duobus testamentis decedere potest, sed priùs semper rumpitur à posteriore. Testamentum verò, quod quis pluribus codicibus consignavit, atque eodem tempore solemniter complevit, unum atque idem testamentum est, *l. 1. §. 6. de tab. exhib. l. ult. quæ in test. deleg.* Sed & si quis in duobus codicibus simul signatis alios atque alios hæredes scripserit, & utrumque extet, ex utroque quasi ex uno competit bonorum possessio; quia pro unis tabulis habetur, & utrumque pro supremo, *d. l. 1. §. sed & si, 6. sec. tab.* quem locum eruditè interpretatur D. Salmas. *cap. 10. de mod. usur. pag. 417. & seq.* ubi & alia minus trita. An autem, quemadmodum uni licet testamentum suum in plures codices referre, ita ex contrario pluribus liceat sua testamenta conferre in codicem unum, sive in unius chartæ volumine suprema ordinare, unis iisdemque testibus septem ad eam rem convocatis unoque contextu adhibito, quæsitum est. Negant Vigl. & Hotomannus: quibus assentior. Etenim ut uniuscujusque testamenti propria contestatio est, ita & proprium ac separatum instrumentum esse oportet: admissaque illa diversorum testamentorum conjunctione, corrumpatur necesse est subtilissimum testamenti negotium, quod totum uno perpetuoque contextu ac tempore perfici atque absolvi debet, nec alienos aut extraneos aliorum actus intervenire patitur, *l. hæredes, 21. §. ult. hoc tit. l. hac consultissima, 21. l. cum antiquitas, 28. C. eod.* In casu pupillaris substitutionis patris quidem & filij testamentum conjungi potest, unisque septem testium signis obsignari: sed hoc ideò receptum, quia pro uno testamento habetur, *l. patris, 20. de vulg. & pup. subst.* ut vel ex eo intelligere liceat, singula testamenta singulas seorsum desiderare solemnitates. Diss. tamen comm. DD. quorum sententiam ex professo contra Viglium tuetur Peck. *lib. 1. de testam. conjug. cap. 19.* & usus probavit: hodieque usitatissimum inter conjuges est, ut simul & unis solemnibus adhibitis testentur, & tam in scriptis, quàm per nuncupationem; quod etiam Novella quadam Valentiniani permissum fuit, *tit. de testam. leg. 1. add. Gail. 2. obs. 117.*

Secundùm obtinentem observationem] Si unius testamenti plures sint codices, potest ex unoquoque bonorum possessio peti, sed ita, si omnes sint authentici, id est, si facti sint tanquam testamentum, eodemque tempore adhibita omni solemnitate completi, *d.l ult. de his quæ in test. del.* Aliud namque juris est, si testator unum fecerit, non quasi testamentum, sed quasi exemplum sive copiam, ut vulgò loquuntur, *d.l.* 1. §. *sed si* 7. *secund. tab.* quia si ex apographo sive descriptione bonorum possessio daretur, magna aperiretur fenestra improbis hominibus ad testamenta subjicienda, *fac. l.* 2. *de fid. instrum.* Quid verò juris erit, si ex binis tabulis ejusdem testamenti unam testator deleverit aut inciderit? Responsum est, ex integris hæreditatem adiri aut bonorum possessionem peti posse; nisi hi, qui ab intestato venire desiderant, probaverint, hoc animo à testatore incisas, ut intestatus moreretur, *d.l. ult. quæ in test. del.* Quid si eidem diversa summa legata sit, puta in alteris aurei quinquaginta, in alteris centum? Proculus respondit hæredi parcendum esse, & tantùm quinquaginta deberi, *l. Sempronius*, 47. *de legat.* 2.

4 *Quod interdum etiam necessariam*] Κατὰ τι, si videlicet quis vereatur, ne si forte unum tantùm exemplar fecerit, voluntas exitum non sit habitura: quippe cùm unum instrumentum facilè amitti aut aliàs perire, occultari aut supprimi ab hæredibus venientibus ab intestato possit, *l. unum*, 24. *hoc tit. l. si in duobus*, 10. §. *ult. test. quæ aper.*

TEXTUS.

14. *Sed hæc quidem de testamentis, quæ scriptis conficiuntur, sufficiunt. Si quis autem sine scriptis voluerit ordinare jure civili testamentum, septem testibus adhibitis, & sua voluntate coram eis nuncupata, sciat, hoc perfectissimum testamentum jure civili, firmumque constitutum.*

NOTÆ.

14. IURE CIVILI] Prætorii testamenti præcipua solemnitas consistit in obsignatione testium, cui sine tabulis locus esse non potest: quanquam prætor, ut custos juris civilis etiam secundùm nuncupationem bonorum possessionem dat, *l.* 8. §. *ult. sec. tab.*

SEPTEM TESTIBUS] Numerus & conditio testium eadem, quæ in scripto: ut & testium rogatio, & testationis unus contextus, *l.* 21. §. *pen. & ult. h. t. l.* 21. §. *pen. C. eod.*

VOLUNTAS NUNCUPATA] Palam & clarè pronuntiata, ut à testibus exaudiri & intelligi possit, *dd. ll. l.* 25. *eod.* Suet. *in vit. Horat. Decessit hærede Augusto palam nuncupato.* Scriptum testamentum etiam clausum offerri testibus obsignandum potest, celato nomine hæredis: unde μυστικὸν Græcis dicitur.

COMMENTARIUS.

1 *Communia testamento scripto cum nuncupativo.*
2 *Quæ in re præcipuè alterum ab altero distet.*
3 *Veteres varijs hæredem nuncupare solitos fuisse, quàm scribere, & quare.*
4 *Modi seu forma testandi, quibus in hisce regionibus ferè utimur.*
5 *An testamentum secundum statutum aut consuetudinem alicujus loci factum etiam vim habeat extra illum locum.*

HOc §. breviter comprehensa est forma testandi sine scriptura sive per nuncupationem: quæ testandi ratio tota est à jure civili: nam prætorij testamenti præcipua solemnitas consistit in obsignatione testium, cui sine tabulis locus esse non potest. Cæterum prætor ut custos juris civilis, etiam secundùm nuncupationem bonorum possessionem dat, *l.* 8 §. *ult. sec. tab. l.* 2. *C. eod.*

Septem testibus adhibitis] Testamento nuncupativo quædam communia sunt cum scripto, veluti 1
numerus testium, eorumque conditio, & testationis unus contextus. Oportet quoque hic æquè testes rogari, aut certè admoneri, cujus rei gratia collecti sint, *l. hæredes*, 21. §. *pen. hoc tit. l. hac consultissima*, 21. §. *per nuncupationem*, *C. eod.* Olim etiam necesse fuit, ut is, qui per nuncupationem testaturus erat, formalibus verbis testes præmoneret, se ideo eos convocasse, quod sine scriptura testamentum facere constituisset. Sed cùm ex ipsa nuncupatione satis appareat, qua forma quis testari cogitet, Iustinianus id sustulit, *l. in testamentis*, 26. *C. eod.* Quid verò, si de eo dubitetur? Finge, unum aut alterum è testibus adhibitis, cum testator ex scheda, in qua memoriæ causa voluntatem exceperat, recitato testamento hæredem pronuntiasset, subsignasse & subscripsisse. Et vulgò rectè placuit, propter superfluam solemnitatem non debere vitiari testamentū, quod utique omissa ea in vim nuncupationis valiturum erat. Planè, si constet, scripturam, quæ proferatur ad testamentum faciendum paratam esse, aliud dicendum erit, *l. ex ea* 29. *hoc tit.*

Et sua voluntate nuncupata] In hoc maximè 2
distat testamentum, quod sine scriptura fit, à testamento scripto; nam scripturam testamenti potest testator,

testator, si ita illi videbitur, clausam coram testibus proferre, testariqúe, suum hoc esse testamentum, celato nomine hæredis; quam ob causam hoc testamentum mysticum dictum. Nuncupare hæredem, est, lingua & verbis pronuntiare: unde nuncupare hæredem & hæredem pronuntiare pro eodē usurpantur, *l. si is, qui 25. hoc tit.* Gloss. Basil. *nuncupatio*, ἐκφώνησις ἄγγραφος. Palam autem voluntas hic nuncupanda est: non utique publicè aut in propatulo, quod particula *palam* aliquando significat, veluti cùm mulier dicitur palam corpore suo quæstum facere: sed clarè & intelligenter, sicut à testibus exaudiri & intelligi possit, *d. l. hæredes 21. in pr. hoc tit. d. l. hac consultissima, §. per nuncupationem, C. eod. l. ult. de jur. eod.* ita Suetonius in vita Horatii; *Decessit hærede Augusto palam nuncupato, cum urgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas.* Proinde quod in testamento scripto necessarium non est, *l. qui testamento, 20. §. pen. hoc tit.* in nuncupativo omnino necessarium putamus, ut testes intelligentiam habeant sermonis testatoris: quo etiam *fac. l. coram, 209. de verb. sign.* eoque jure hodie utimur. Fuit quidem etiam in scriptis testamenti usurpata nuncupatio: sed in his significat generalē illam testationem voluntatis, cùm testator tabulas testamenti tenens apud eos, qui ut testes essent, rogati erant, testabatur, id suum testamentū esse, non nuncupationem hæredis. *Vip. tit. 20. §. 8.*

Perfectissimum] Respectu scilicet effectus, quem non minorem habet, quàm testamentum scriptū; quod alioqui ratione solennitatis perfectius est.

3 Etsi autem ratio testandi per nuncupationem longè expeditior est, quàm per scripturam: tamen testamenta nuncupativa minùs usitata vereribus fuisse, quàm scripta, argumento est, quod passim tabularum testamenti & hæredum scriptorum in libris nostris mentio fit; rarò nuncupationis. Cujus ego rei duplicem esse causam reor; tum quod in testamento scripto necesse non est pandere ea, quæ scripta sunt; quæ celari sæpè interest & ipsius testatoris & hæredum cæterorumque quibus aliquid relinquitur; quam utilitatem testamentum nuncupativum non habet: tum quia scripti testamenti fides subscriptionibus & signis testium confirmantur; ex quo fit, ut etiamsi testes decesserint, ratum nihilominùs illud maneat: nuncupativi autem testamenti fides tota pendet à depositione testium, quibus mortuis aut aliquibus eorum, cùm non sint, aut pauciores sint, quàm requiruntur, qui sisti iterùm possint, & in judicio testimonium dicere, necesse est irritam fieri defuncti voluntatē: Sed huic incommodo posteà occursum est adhibito tabulario, qui voluntatem coram testibus nuncupatam acciperet, ac rem gestam scripturæ suæ auctoritate confirmaret: cujusmodi scripturæ & instrumenta tabellionum sola per se citra novum testium adminiculum vim probandæ ultimæ voluntatis habent: nec tamen quod ita factum est, ideo mox definit esse testamentum nuncupativum, cum solius probationis gratia scriptura interveniat, non quod sit de substantia testamenti: quanquam non negaverim, habere hoc genus testamenti nonnihil, quod naturam scripti testamenti sapiat. De quo vide *Sichard. in l. hac consultissima, §. per nuncupationem, n. 2. C. hoc tit.* In his regionibus etsi nemo vetatur antiquo more ac ritu Romanorum testamentum condere, duobus tamen potissimum modis testamenta 4 confici solent; uno coram duobus decurionibus sive scabinis & secretario loci, in quo testamentum fit, sive in agro sive in oppido, quæ forma testandi respondet publicationi testamentorum apud acta judicum vel municipum, *l. omnium, 19. C. hoc tit.* altero coram notario & duobus testibus. Qui modus ferè solus est in usu vulgi. *Gudelin. de jur. nov. lib. 2. cap. 5. Grot. lib. 2. introd. c. 17.* Exhæredatio liberorum hoc ampliùs requirit, ut testes sint scabini: quod arguit formula juramenti à notariis in ingressu muneris præstandi: cautum edicto quodam Caroli V. *Groenevv. de ll. abr. hic.* Notarius testatorē nosse debet: sin minùs, ipsi testes, quos id quoque testificari oportet. Voluntas voce nuncupata à Notario scripto comprehendi solet & in protocollum referri: unde posteà petenti testatori solenne instrumentum conficiatur. Quin usu etiam receptum est, ut Notarius receptam in scheda voluntatem testatoris ipse reciter ac testibus prælegat, deinde testatorem interroget, an omnia benè perceperit, ita velit, ita jubeat, eamque supremam suam esse voluntatem agnoscat: atque approbante testatore, testamentum perfectū censetur, etiamsi neque testatoris neque testium subscriptiones aut signacula habeat. *Groenevv. d. loc. D Iac. Coren. obs. 10.* In quo longè recessum est ab antiqua ratione testandi per nuncupationem, quæ pro forma requirebat, ut ipse testator singula pronuntiaret, nuncuparetque sua voce omnia, quæ post mortē suam fieri vellet. Quod sanè eo diligentius observandum erat, quia ad perfectionem hujus testamenti nihil ampliùs jus civile desiderabat. Nunc autem admissa prælectione aliena facilè testatori imponi potest. Quid enim si Notarius aliquid addiderit de suo, quod testator præsertim ægrotus non animadvertat? Hæc etiam vulgò nota sunt. Quæsitū est, an testamen- 5 tum juxta alicujus loci consuetudinem aut statutum factum etiam vim habeat extra illum locum: exempli gratia, testator ibi testamentum fecit,

ubi coram duobus testibus & Notario testari licet, ut in hac nostra Batavia; quæritur an valeat etiam in iis locis, ubi septem testes requiruntur, uti in Frisia, ubi sequuntur jus civile. Affirmant comm. DD. in *leg. 1. C. de sum. Trin. Vin. 1. opin. 36. Coras. de jur. art. p. 3. cap. 13. Covar. 2. de sponsa. §. 7. num. 8. Costal. ad leg. 6. de evict. Anton. Perez. in C. de testam. num. 21.* & secundùm hanc sententiam sæpissimè judicatum. *Guid. Pap. dec. 262. Tessaur. 2. quæst. for 8. Mynsing. 5. obs. 19. & 20. Gail. 2. obs. 123. Io. à Sande lib. 4. tit. 1. defin. 14.* Sunt tamen, qui in contrarium eant, & in quæstione proposita sic distinguendum arbitrantur, ut circa res quidem mobiles & nomina admittenda sit communis interpp. sententia: at circa res soli spectandum jus ejus loci, in quo sitæ sunt. Quippe res mobiles, quoniam ubicunque sunt, ibi sint ex voluntate domini, & pro libitu ejus transferri possint, personam sequi, non leges locorum: immobilia verò, utpote quorum certus perpetuusque situs est, regi secundùm constitutiones loci cujusque possessionis, *per leg. 4. Cod. de jur. fisc. l. ult. de jurisd.* ita constanter *Mansuer. in sua. prax. tit. de succes. Bus. ad leg 6. de evict. Nic. Burg. ad consuet. Flandr. tract. 6. Christin. vol. 2. dec. 3. 4. & 5. & vol. 4. dec. 5. & 10.* Mihi prior sententia probabilior videtur, multumque referre, utrum statutum disponat circa solennitatem alicujus actus, an circa rem, puta fundum locumve. Quæ statuta in rem concipiuntur. Qualia sunt, quæ de successione ab intestato disponunt, rem ipsam haud dubiè afficiunt, ut ubicunque sit, ejus loci, ubi est, legibus obstringatur. Idemque habendum de statutis, quæ circa habilitatem personarum dispensando aliquid disponunt. *Gail. d. lib. obs. 124. & alij, ubi sup. Coras. dict. p. 3. cap. 14. Gomez. ad l. 3. Tauri. num. 20.* Quæ autem statuta disponunt circa actus solennitatem duntaxat, cum neque rem efficiant, neque personam actum celebrantis, sed ipsam solummodo dispositionem, quæ fit in loco statuti vel consuetudinis, rationi & juri consentaneum est, ut ea vim suam exerant etiam ad bona alibi sita; quoniam actuum solennia ad eorum spectant jurisdictionem, in quorum territorio celebrantur, per *l. 6. de evict. l. 3. in fin. de testibus, l. 2. C. quemad. test. ap. facit, l. 9. & l. ult. Cod. hoc tit.* & alias contra rationem juris testato decedere volenti plura testamenta essent condenda, aut, quod absurdum est, plurium locorum consuetudines in uno testamento exquirere oporteret, actumque unum atque individuum, qualis est testamenti, secundùm diversa loca dijudicati. *Peck. de test. conjug. lib. 4. cap. 28. in fin. D. Ioan. à Sande dict. defin. 14.* ubi contraria scire expedit, & prudenter temperat novam quandam distinctionem Fachinæi. Adde, quæ nos *lib. 2. select. quæst. cap. 19.* Planè, si lex expressè testatores sequi jubeat jus loci, in quo bona sita sunt, aliud dicendum est. Talis est constitutio Principum Brabantiæ emissa anno 1611. cujus meminerunt, *Burgund. Christin. Tuld. C. h. t. & Perezius dd. loc.*

TITULUS XI.

De Militari Testamento.

Ratio ordinis. Militare testamentum quid hic significet.

DIximus sub rubrica præcedentis tituli duo esse testamentorum genera. Unum commune omnium civium, quod paganicum dicitur; alterum militum proprium, quod ideo appellatur militare. Hactenùs quæ tradita sunt de ordinandis testamentis, ea solum pertinent ad testamenta paganorum: militaria, de quibus porrò nunc agitur, legibus istis soluta sunt. Militaria autem testamenta hic non accipimus omnia, quæ facta sunt à militantibus, id est, iis, qui in numeros relati sacramento tenentur; sed quæ facta sunt jure militari. Possunt enim & milites jure communi testari, *l. 3. hoc tit.* imò debent, cùm extra castra versantur: sed cùm in expeditionibus occupati sunt, proprio jure & privilegiario testandi facultatem habent, neglectis legibus omnibus, quæ ad solennitatem condendorum testamentorum pertinent. Itaque testamentum militis sive militare in causa proposita id solùm intelligitur, quòd à milite factum est in expeditione jure militum proprio.

TEXTUS.

Supradicta diligens observatio in ordinandis testamentis militibus propter nimiam imperitiam eorum constitutionibus principalibus remissa est. Nam quamvis ij neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam testamentorum solennitatem observaverint, rectè nihilominùs testantur, videlicet cùm in expeditionibus occupati sunt. Quod meritò nostra constitutio introduxit. Quoquo enim modo voluntas ejus suprema inveniatur, sive scripta sive sine scriptura: valet testamentum ex voluntate ejus. Illis autem temporibus, per quæ

cura

citra expeditionum necessitatem in alijs locis, vel suis ædibus degunt, minimè ad vindicandum tale privilegium adjuvantur. Sed testari quidem, etsi filijfamiliarum sint, propter militiam conceduntur: jure tamen communi, eadem observatione & in eorum testamentis adhibenda, quam in testamentis paganorum proximè exposuimus.

NOTÆ.

PROPTER IMPERITIAM] *l.1.D.h.t.l.3.C.eod.* arma enim magis, quàm jura nosse creduntur, *l.22.C. de jur. del.* Tacit. *in vit. Agric.* Cæterùm hæc non est principalis huius privilegij causa, sed potiùs laborum & periculorum functio, cùm in castris & expeditionibus sunt, *l.un.de bon.poss.ex test.mil.& hoc text.*

CONSTITUTIONIBUS] *v.l.1.D.h.tit.& inf.tit.seq. in pr.*

NEQUE ALIAM SOLENNITATEM] Quæcunque subtilitatem magis, quàm naturalem rationem habent, ea omnia militibus remissa sunt, *d.l.1.* & passim *D.& C.h.t.* Duar.*c.4.ad h.t.*

NOSTRA CONSTITUTIO] *l.pen.C.h.t.* id tamen & anteà obtinuisse videtur, *leg.1.leg.15.C.eod.*

QUOQUO MODO] Sive in clypeo, sive vagina, sive in pulvere, ἐς σὴν γῆν τῷ ξίφει. *l.15.C.eod.* Synops. Attal.*tit.34.*

SUIS ÆDIBUS] In nonnullis est *sedibus*, testib Vigl. & Giphan. & ita Cont. Wes. Fabrot. Sedes militum ex adverso opponuntur expeditioni. Veget.*l.3.c.4.& ult.* Th σεδετοις, id est, ut Schol. § 3.*inf.* προσεδρίαις, in stativis aut hybernis. Sedeta sunt stationes, *l.18.C.de Episc. aud.* loca, ubi milites otiosè commorantur. Lapsus hic est Cujac.*& consult* 49.

PROPTER MILITIAM] *tit.* proximè *seq.* Significat filiosfam. militantes idem jus habere, quod patresfam. stipendia item merentes, ut in expeditionibus jure militari; aliàs jure communi de peculio castrensi testari possint.

COMMENTARIUS.

1 *Imperitiam militum non esse causam principalem privilegij militaris, sed periculorum functionem.*

2 *Militibus remissa omnia, quæcunque subtilitatem magis, quàm naturalem rationem habent, sive ea ad constitutionem testamenti pertineant, sive ad infirmationem.*

3 *In hybernis aut præsidijs locatos jure privilegiario testandi potestatem non habere, & num.5.*

4 *Vaginam, clypeum, pulverem militi chartæ loco esse posse, ensem pro calamo, sanguinem pro atramento, &c.*

6 *Etiam filiosfam. milites jure militari in castris testandi licentiam habere:*

PRopter imperitiam eorum] Causa beneficij. Cujusmodi etiam mandatis inserta est eo capite quod extat in *l.1.hoc tit.* & rescripto Antonini, *l.3. Geod* quibus locis hoc beneficium concessum traditur propter eorum simplicitatem: hoc enim est, propter imperitiam. Nam cùm simplicitati ut plurimum adjuncta sit rerum imperitia: imò verò cùm ex imperitia nascatur simplicitas; hinc factum, ut simplicitas Latinis interdum significet imperitiam. Ut in illo Nasonis.

Fallere credentem non est operosa puellam
Gloria; simplicitas digna favore fuit.

Idem quoque significatur in *l.ult.in pr. C. de jur. delib.* cùm milites dicuntur arma magis, quàm jura scire. Atque huc accommodari aliquo modo potest, quod Tacitus scribit in *vita Agricol. Castrensis jurisdictio obtusior est, ac plura manu agens, calliditatem fori non exercet.* At enimverò non est hæc ratio adæquata, neque simplicitas militaris aut sola est huius privilegij causa, aut principalis. Non sola: alioqui enim & fœminis & rusticanis idem privilegium concedi oportuisset, & militibus concedi sine exceptione temporis aut loci; & cùm procul dubio multi etiam legum & juris periti stipendia fecerint, hos excipi. Non principalis: quia extra castra & tempus expeditionis privilegio uti non possunt. Principalis verò causa est, quam Ulpian. expressit *l.un.de bon.poss.ex test.mil.* laborum & periculorum functio, cùm in expeditionibus & castris sunt; quo tempore armorum cogitatio, pericula imminentia, & sese continendi necessitas, omnem aliam de jure cogitationem adimit. Et ideò nec militibus alio loco aut tempore suo jure testari licet, & alijs quibusvis, quamvis non mereant, in hujusmodi periculis & hostico, aut procinctu deprehensis, si ibi decedant, jure militari, quoquo modo velint quoquo modo possint, testari permissum, *d.l.un.l.ult.hoc tit.*

Constitutionibus Principalibus] Primus Julius Cæsar, ut auctor est Ulpian. *leg.* 1. *hoc tit.* liberam militibus testamenti factionem concessit, cæterùm eam concessionem ait fuisse temporalem: posteà verò primùm Titum, & post hunc Domitianum eandem libertatem iterum dedisse? ac demum plenissimam indulgentiam in milites collatam à Nerva, & qui eum secutus est, Trajano: exinde hoc perpetuo privilegio milites usos, ut

ut quoquo modo testati essent rata esset eorum voluntas.

Neque aliam testamentorum solennitatem observaverint] Putà in continuatione actus, in rogatione, subscriptione & signatione testium. Itaque quamvis uno contextu actu testari non sint, quamvis testes adhibiti rogati non fuerint, quamvis per scripturam testantes non curaverint tabulas subscribi aut signari; nihilominus tamen rectè testati intelliguntur: placetque, nudam voluntatem militum non minus pro testamento servari, quàm aliorum solennem dispositionem, *l.1.& passim hoc tit. & C. eod.* Porrò autem non in eo duntaxat consistit privilegium militum, quòd testamenta eorum non sint adstricta legibus, quæ ad externas illas solennitates, numerum, rogationem, subscriptionem, obsignationem testium pertinent; sed in cæteris etiam partibus, sive illæ ad constitutionem testamentorum pertineant, sive ad infirmationem. Quæcunque subtilitatem magis, quàm naturalem rationem habent, ea omnia militibus remissa sunt; ut in universum rectè definit Duar. *c.4. ad hunc tit.* Proinde etsi miles liberos, quos in potestate habet, sciens præterierit; *l. sicut 9. & seq. C. hoc tit.* sive hæredem ex die aut ad diem instituerit, sive aliàs pro parte testato, pro parte intestato decesserit: *l.6. l. in fraudem 14. §. miles 4. l. si duobus 37. l. miles 41. eod. l.8. C. eod.* sive eum, quicum testamenti factio non est, hæredem fecerit; *l. idem 13. §. 2. eod.* sive filio emancipato aut cuicunque extraneo in secundum casum directò substituerit; *l.5. d. l. miles 41. §. 4. eod.* sive hæreditatem codicillis directò dederit; *l. militis 36. eod.* sive solis liberis, non etiam sibi testamentum fecerit: *d. l in fraudem, § pen. d. l. miles, §. ult.* nihilominus rectè testatur, & voluntas ejus prout jacet, custoditur. Lege Falcidia ultra dodrantem jure communi legare non licet, militibus licet, *l. si certarum 17. in fin. hoc tit. l. 12. C. eod. l. 7. Cod. ad leg. Falc.* Iure communi nunquam per se nuda voluntas testatoris ad infirmandum testamentum valet: invito eo multis modis infirmatur, *inf. quib. mod. test. inf.* Ex contrario sola militis voluntas ad infirmandum sufficit, *d. l. in fraudem, §. 1.* invito autem eo, extra casum maximæ aut mediæ capitis deminutionis, *l.6. §. sed si quis 6. & seqq. de injust. rupt. test.* testamentum ejus non infirmatur. Non agnatione aut quasi agnatione sui hæredis, *l.7. & seq. hoc tit.* (quod tamen temperabis ex *l.9 & d. l. militis 36. §. 2. eod.*) non ipsius adoptione aut adrogatione, *l. miles 22. & seq. eod § pen. inf. eod.* non alio denique testamento posteà facto, si modò & priùs valere voluerit, *l. quærebatur 19. eod.* Hæc summa est, quædam diligentius excutienda inferiùs.

In expeditionibus] Expeditio dicta, quòd milites sint expediti ad confligendum cum hoste quandocunque casus ingruat. Itaque expeditio non est conflictus ipse, neque etiam tempus belli: sed totum illud tempus, quo milites in armis procedunt, aut sunt adversus hostem, sive eum persequantur, sive eum imminentem expectent, intenti ad opportunitatem rei gerendæ, vel ut invadant, vel ut invadentem sustineant ac propulsent. Cassiodorus *l. var. 17, Hanc meritò expeditionem nominavere majores, quia mens devota prælijs, non debet alijs cogitationibus occupari.* Præsidia, hyberna, cæteraque loca, in quibus militem extra castra commorari necesse est, sedes appellantur, *Veget. l.3. de re mil. cap. 4. & ult.* Sallust. *in Iugurth. Milites mense Ianuario ex hibernis in expeditionem revocat.*

Quod meritò nostra constitutio ineroduxit] *l. pen. C. hoc tit.* An igitur ante hanc constitutionem Iustiniani, quamdiu milites in numeris manebant, quocunque loco & tempore jure proprio testari potuerunt? Id quidem Viglius affirmat: sed ego ambigo. Nam & in *l.1. C. hoc tit.* quæ Antonini est, & in *l. milites 15. C. eod.* quæ est Constantini, expeditionis expressa fit mentio: & ratio privilegij, periculorum functio, quam affert Ulpian. *l. un. de bon. poss. ex test. mil.* cessat, cùm in castris & expeditione non sunt. Putarem tamen, olim milites, qui in provincijs habebantur, jure militari illic testari potuisse, quasi in expeditione. In exceptionibus quoque declinandis & petendis in integrum restitutionibus ea tantummodo tempora militibus prodesse Iustinianus voluit, quæ in expeditione currunt, *l. ult. C. de rest. mil. l. ult. C. quib. non obij. long. temp. præscr.*

Quoquo enim modo voluntas eius, sive scripta sive non scripta] Et scripta quidem valebit etiam nullis testibus adhibitis: nuncupata duobus probari poterit. Quinimò militi jam in hostem pugnaturo vagina, clypeus, pulvis, humus, chartæ vel tabularum loco esse possunt, & notæ pro literis, *l. Lucius 40. hoc tit.* sanguis pro atramento, ensis pro stylo, penna aut calamo, *l. milites 15. C. eod.* Cæterùm hoc casu crediderim alio quo opus esse testimonio, ut de eo constare possit, cùm vix sit, ut ex hujusmodi scriptura manus alicujus agnosci queat, aut per comparationem literarum probari. Etsi enim voluntas militis quomodocunque declarata rata est: ea tamen legitimis probationibus ostendi debet, *d. l. Lucius*, quod & Io. Faber notat.

Vel suis adibus] Ita etiam legitur in utraque modò allegata constitutione, & l. ult. C. de postl. rev. in Basilicis, teste Cuiacio, ἐν τοῖς ἰδίοις οἴκοις. Theophilus pro eo habet, ἐν τῇς λεγομέναις αὐτῶν σεδέλαις, σέδετα autem esse Hotomannus scribit,

quæ

quæ Latini *stativa* appellant. Ant. Augustinus *in leg. 18. Cod. de Episc. aud.* vertit *stationes*. Suidas *fossata* esse tradit. Et ita, σίδητον apud Ruffum de legib. militar. pro φοσσάλῳ. Ego existimo, Theophilum intelligere loca omnia, in quibus milites commorandi potius, quàm pugnandi causa habentur, puta hybernacula, aut ubi in præsidiis sunt, ἔνθα διάγειν αὐτὸς ἀνάγκη, (sic enim ipse interpretatur) donec expeditio aliqua suscipiatur. Sedes militum dicuntur, & ex adverso opponuntur expeditioni. Veget. *lib. 3. cap. 4. Ita exercitati & eruditi in sedibus milites, cùm ad expeditionem ex diversis convenerint locis, &c.* Idem *eod. lib. cap. ult. Milites pœna & timor in sedibus corrigunt, in expeditionibus spes & præmia faciunt meliores.* Atque hoc etiam loco non *ædibus*, sed *sedibus* Contius & Wesemb. legunt: quomodo nonnullos etiam codices habere Viglius & Giphanius testantur. Puto autem, falsum esse Cujac. qui ex facto
5 consultus *consult.* 49. respondit, milites etiam in hybernis & præsidiis locatos ibidem jure privilegij sui testari posse. Nam qui sunt in hybernis aut præsidiis, neutiquam dici possunt esse in expeditione aut castris, quod tamen expressè requiritur & hoc loco & §. *sed hactenus, 3. inf. eod.* Cessante autem causa privilegii & ipsum cessat privilegium *per vulgat.*

Et si filiifam. sint, &c. jure tamen communi] Ex
6 his verbis Porcius colligit, filiosfam. jure militari testari non posse: quo nomine merito reprehenditur à Viglio. Locus planus est & apertus. Restrinxerat ante privilegiũ militibus datum ad ea tempora, quibus occupati sunt in expeditionibus: ne quis verò ex eo putaret, milites & maximè filiosfam. alio tempore non posse testari ullo modo, subjicit, posse quidem etiam milites extra castra & expeditionum occupationes testari, & posse etiam filiosfam. de quibus solis, cum à privilegio militari recesseris, justè dubitari poterat; sed non aliter omnes & filiosfam. de castrensi peculio tunc posse, quam jure communi omnium civium Romanorum. Non igitur negat Imperator, filiosfam. milites in expeditione occupatos jure militari testari posse, sed ait, eos etiam cùm in expeditione non sunt testari posse; verùm tunc non aliter, quàm jure communi, significans, eos idem jus utrobique habere, quod patresfam. stipendia merentes habent. Ex præcedentibus autem apparet, quàm inepti sint, qui militibus ordinum quorundam, veluti Teutonicis, Rhodiis, aut Maltensibus, privilegium jure militari testandi asserunt, quasi ulla in hac causa ratio habita sit nudæ dignitatis aut militiæ honorariæ vid. *Duar. in hunc tit. cap. 3.*

Paganorum] Pagani propriè dicti rustici, villani, κωμῆται seu vicani. Hic autem & passim in libris nostris opponuntur militibus, eoque nomine significantur omnes ἀστράτευτοι. Peculium paganum & castrense, in paganico & in castris, αὐτικὸν ἰδίωμα. A scriptoribus Ecclesiasticis, & in constitutionibus Impp. Christianorum gentiles etiam pagani appellantur: quæ appellatio, ut credibile est, inde nata, quod cùm urbes ferè omnes sub Constantino fidem Christianam amplexæ essent, tamen adhuc diu post in agris & pagis hæsit religio gentilis, & reliquiæ ethnicismi.

TEXTUS.

1. *Plane de testamentis militum divus Trajanus Catilio Severo ita rescripsit.* Id privilegium, quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint, sic intelligi debet, ut utique priùs constare debeat, testamentum factum esse: quod & sine scriptura, & à non militantibus quoque fieri potest. Si ergo miles, de cujus bonis apud te quæritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita loquutus est, ut declararet quem vellet sibi hæredem esse, & cui libertatem tribueret: potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, & voluntas ejus rata habenda est. Cæterùm si (ut plerumque sermonibus fieri solet) dixit alicui; Ego te hæredem facio. Aut, Bona mea tibi relinquo. Non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest, quàm ipsorum, quibus, id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti. Alioqui non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent, qui affirmarent, se audisse dicentem aliquem, relinquere se bona, cui visum sit. Et per hoc vera judicia subverterentur.

NOTÆ.

1. ET A NON MILITANTIBUS] Ita quoque in *d. l.* 24. Fabrotus mavult, *ut à non militantibus quoque*, quomodo legisse videtur vetus instit. interpres Gallicus, qui est in biblioth. Reg. verba citat Fabrot. quod valdè placet. Ut autem à non

militantibus jure communi, ita à militantibus jure etiam privilegiario.

CONVOCATIS HOMINIBUS] Saltem duobus, per *l.12. D. de testib.* etiam sine solenni illa rogatione aut præmonitione, quæ jure communi necessaria, *l.21.§. pen. h.t.* nam utique etiam sine ea constare potest de voluntate militis, quod solùm requiritur. Et ideo scripta militis voluntas etiam nullis testibus adhibitis rata est, per *l.1. in fin. pr l.15.§.1. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *In scripto militis testamento testibus opus non esse, in nuncupativo contra.*

2 *Quot testes à milite per nuncupationem testante adhibendi.*

3 *An rogatio testium in testamento militari necessaria sit.*

Divus Trajanus ita rescripsit] Recitatur hoc idem rescriptum à Florentino in *leg. Divus, 24. h. t.*
1 Sententia rescripti hæc est; voluntatem militis qualemcunque, etiam eam, quam sine scripto protulit, pro testamento observari: cæterùm priùs esse, ut constet appareatque, seriò atque animo testamenti faciendi militem verba pronuntiasse. Hoc ut doceatur, ipsorum militum maximè interesse, ne vera & seria eorum judicia subvertantur.

Et à non militantibus quoque] Giphanius legendum putat dempta negatione, *à militantibus.* Quia ut ait, alienum sit hic agere de non militantibus. Sed ratio ista tanti non est, ut propterea à consentiente omnium Codicum lectione, quæ & Pandectarum Florentinarum auctoritate confirmatur, recedendum sit. Non militantium autem ideo mentio fit, ut ex eo, quod his concessum est, arguatur quod militantibus licere debeat. Argumentum à pari est; *si licet non militantibus sine scriptura testari*, intellige secundum solemnitatem, quæ jure communi in testamento non scripto requiritur; *etiam militantibus licere debet eodem modo testari*, scilicet citra solennitatem. Nam ut ex verbis rescripti patet, consultus fuit Trajanus de testamento militis, quod hæredes ab intestato eo prætextu impugnabant, quod id sine scriptura factum esset. Atque ita quoque Theophilus, quem falsò Giphanius aliter legisse existimat. Fabrotus in *not. ad Theoph.* mavult legi, *ut à non militantibus quoque.* Quod valdè placet.

Convocatis ad hoc hominibus] Ex his constitutionis verbis triplex orta controversia est; una de necessitate adhibendorum testium in testamento militis; altera de numero; tertia de eorum rogatione. De prima assentior Vigilio, Cujacio, Horom, Bachov. scilicet interesse, utrùm miles per nuncupationem & sine scriptura testetur, an per scri- 1
pturam: in nuncupatione omnino testibus opus esse; quod etiam hic locus expressè exigit: & quomodo alioqui de voluntate militis voce prolata constare poterit? In scripto autem testamento etsi nulli testes à milite adhibiti sint, ratam tamen esse militis voluntatem, utpote de qua per scripturam & manum ipsius testatoris, quæ legitima probatio est, constare potest. Nihil autem amplius exigitur, quàm ut de voluntate militis quocunque modo testata constet. De numero testium adhibendo à milite per nuncupationem testante sic sentio; neque unum testem, *quod putat Theophylus*, sufficere, neque plures exigi, quàm duos. Illud, quia constitutio plurali numero utitur, neque unius testimonium legitimum est, quale tamen omnimodo requiritur, *l. Lucius, 40. hoc tit.* Hoc, quia pluralis elocutio duorum numero contenta est, *l.12 de testib.* Atque ex ratione iuris gentium, quod solùm in testamentis militum consideratur, ad probationem alicujus actus duorum testimonium sufficit. De rogatione testium, quod tertium erat, eam non existimo in militari testamento esse necessariam. Primùm, quia rogatio illa est pura puta 3
solennitas: in militaribus autem testamentis solennitates omnes remissæ: deinde quia hæc omnium solennitatũ scrupulosissima est & subtilissima, longissimeque recedit à simplici ratione juris gentiũ, quæ sola regula est militarium testamentorum. Denique contraria sunt, dicere, nudam & simplicẽ voluntatem sufficere, & desiderari rogationem. Quamobrem non dubito, quin falsum sit, quod Horoman. post Io. de Platea & Angelum scribit, ne militem quidẽ sine certa testium advocatione monitorum ut ei actioni operam dent, testamentũ conficere posse. Nihil certè Horoman. juvant verba hujus text. *convocatis ad hoc hominibus.* Quippe quæ hic non dispositivè, sed narrativè tantùm pronuntur, atque ut exemplo aliquo declaretur, quomodo de militis voluntate, sine scriptura testati certò constare possit. De eo enim præcipuè hic agitur, atque hoc tantùm cavetur, ne quilibet militis sermo temerè pro vero ejus judicio capiatur, cùm sæpè soleant homines, præsertim merito alicujus provocati, jactare & dicis causa aliquid proferre, ac civiliter magis, quàm ex animo loqui. At ubi certò ex circumstantiis liquet, serium esse quod miles prolocutus est, & profectum ab animo testamentum condere volentis, voluntas ejus etiam ex hac ipsa constitutione servanda est. Atque ut certiùs de eo constare posse concedamus, si testes ad hoc specialiter sint convocati, aut cùm alterius rei

rei causa convenissent, præmoniti cui rei eos adhiberi placeret; constare tamen etiam potest sine formali ista sive rogatione, sive præmonitione. Quid enim si miles, fortè postridie in aciem educendus, in tentorio præsentibus aliquot commilitonibus suis dixerit; *Ego Titium hæredem facio, ejusq; rei vos mihi testes esse volo?* Certè hic præter testium fidem nihil requiritur, aut requiri ex ratione juris gentium potest. Postremò si paganis rogandi testes necessitas in codicillis remissa est, *l. ult. in fin. C. de codicil.* quanto minùs in testamento militis ea requirenda, quod iis ipsis etiam legibus, quibus codicillos constitutio civilis adstringit, solutum est?

Plerumque sermonibus fieri solet] Putà in convivijs, circulis, ac congressionibus familiarium, ubi nonnunquam leviter quædam effundimus, & jactamus magis, quàm seriò agimus aut loquimur. Et malè ergo hinc colligit Hotomannus, ut ratum sit & pro testamento servandum, quod miles nuncupavit, non tam pendere ex militis voluntate, quantumvis seriò testibus exposita, quàm ex convocatione testium & testimonij denuntiatione: cùm hoc tantùm hinc rectè colligatur, non quemvis sermonem militis quocunque loco coram quibusvis prolatum pro testamento continuò habendum esse; sed inspiciendas esse circumstantias, nec aliter, quàm si ex his appareat animum condendi testamenti militem habuisse, ratum esse oportere, quòd pronuntiaverit. Atqui de eo etiam constare potest sine testimonij denuntiatione. Et qui de præsentia sua falsò deponunt, eadem opera se vocatos & rogatos esse mentientur.

Vera judicia subverterentur] Quamobrem meritò notatur Domitianus, quod alienissimas hæreditates confiscabat, vel uno existente, qui diceret audisse se ex defuncto cùm viveret, hæredem sibi esse Cæsarem. *Sueton. in Domitiano c. 12.* Boni Principes ex jactatione aut nuda alicujus voce hæreditatem nunquam admiserunt, *l. ult. qui test. fac. l. pen. de hær. inst. res qua 22. §. 2. de jur. fisc. §. ult. inf. quib. mod. test. jin.*

TEXTUS.

2. *Quinimò & mutus & surdus miles testamentum facere potest.*

NOTÆ.

2. MUTUS ET SURDUS] Ante causariam missionem in numeris manentes, *l. 4. h. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Natura surdos & mutos in militiam legi non posse.*

2 *Quem natura voce & auditu privavit, eidem denegasse & facultatem testandi.*

3 *Eos quoque qui casu aliquo muti & surdi facti sunt, suprema condere non posse, nisi scribere sciant.*

4 *Notatur oscitantia compositorum.*

HIc §. malè à veteribus interpretibus, Io. Fabro, Porcio, Aretino, acceptus est de eo milite, qui natura surdus & mutus est. Nimirum cùm paganis mutis & surdis, quibus non naturalis calamitas, sed morbus superveniens vocem abstulit, aureisque concluſit, permissum sit testari, modò is, quibus hoc accidit, scribere sciant; *l. discretis 10 C. qui test. fac.* putaverunt illi, hic militibus aliquid jure singulari concedi, quod jure communi cæteris denegatum est: videlicet posse milites etiam mutos & surdos natos ex privilegio testari, ut voluntatem suam per signa ostendant; cuiusmodi signa aiunt intelligi & explicari posse ab iis, qui cum muto & surdo familiariter vixerunt. Sed primùm benè à Viglio cæteriſque melioris ævi interpretibus observatum est, natura mutum & surdum in numeros recipi aut in militiam legi non posse; ut- 1
pote qui nec sacramentum præstare, nec imperium ducis aut signa audire, tesserámve accipere & reddere queat: ejusq; rei etiam argumentum est, quod milites, qui in hanc calamitatem inciderunt, ob eā causam, ut bello inutiles, dimitti solent, *l. 4. h. t.* ἄτοπον γάρ, inquit Theophilus, τὲς τοιάυτης ἐφιστάνειν. Deinde non minus absurdum est quod putant, 2
eum, quem utraque illa facultate natura orbavit, testamentum facere posse: nam de signis quod afferunt, commentum est. Quæso enim, quibus signis is, cui nec audire nec loqui à natura datum est, sententiam suam de eo, quod post mortem fieri velit, alteri explicare possit, qui, ut ipse Faber fatetur, ignorat quid sit testamentum? Ac proinde etiam παραδοξον hoc Fabro videtur; nobis autem ἀδύνατον; cùm, quod natura negavit, beneficio Principis concedi non possit. Quod cùm probè animadverteret Iason in *add. ad Porc.* locum hunc repudiato exemplo communi accipiendum credidit de iis militibus, qui ex accidenti, accepto putà vulnere, aut morbo aliquo in castris affecti, facultatem loquendi & audiendi amiserunt. Et quia paganis etjam casu aliquo mutis & surdis factis, si literas sciant, testari concessum est: *dict. leg. discretis. Cod. quis test. fac.* privilegium militum isto vitio affectorum in eo consistere putat, quod iis, etiamsi scribere nesciant, testari liceat, & hæredem per notas aut signa demonstrare: quod etiam Cantiunculæ placere video. Verumenimverò qui litteris non potest, quibus ille notis certam dabit (hoc enim

omnino necessarium est ex constitutione Traiani) voluntatis suæ supremæ significationem? Signis verò testari quenquam mortalium posse, uti nusquam traditum est, ita nec admittendum ut possit. Nam cùm nulla signa idonea sint ad voluntatem ultimam alteri certò significandam, in re tanti momenti fides habenda esset divinationi quorundam ineptorum hominum, pro arbitrio suo hujusmodi signa temerè interpretantium. Putaverunt igitur alij, nullum hic novum privilegium proponi, sed idem illud, de quo suprà dictum, tantùm porrigi ad eos milites, qui muti & surdi facti sunt, ut nimirum his etiam liceat ante causariam missionem in numeris manentibus jure militari testamentum facere, contemptis solennitatibus juris communis, *d. leg. 4. hoc tit.* ne quis fortè putaret, defectum sensus ac loquelæ solennitate juris supplendum, aut quia ob id vitium mox dimittendi sunt, privilegio uti non posse. Sed nimis evidenter hoc loco novum privilegium profertur, quod ad personas militum & potestatem testandi, non tantùm ad formam & remissionem solennium pertinet. Ego arbitror, peccatum hic aliquid esse oscitantia Compilatorum. Certum est olim paganum
4 mutum aut surdum testamentum facere non potuisse, nisi ut liceret sibi facere specialiter à principe impetrasset, *l. 7 qui test. fac.* militem autem mutum & surdum potuisse citra novam concessionem ex privilegio militari, *l. 4. hoc tit.* Nec minus hoc certum habeo, neque paganum mutum simul & surdum natum, aut factum quidem, sed qui scribere nesciret, hoc unquam ex speciali gratia obtinere potuisse, quippe qui nec petere hoc potuit, neque militem in casu simili habuisse ex privilegio. Justinianus primus generali lege surdis & mutis (exceptis iis, quos modò dixi) facultatem testandi dedit, *d. l. discretis, C. qui test. fac.* ex quo cùm etiam pagani hoc jus habuerint, id inter privilegia militaria, ut olim, ampliùs referri non debuit. Cùm igitur nihilominus appareat, in hoc loco factum esse à Compositoribus, oportet eos, cùm hæc vel ex responso Ulp. in *d. l. 5.* vel ex alio veteri Jurisconsulto describerent, non meminisse constitutionis illius Iustinianeæ: quæ tamen jam dudum edita erat, ut apparet ex subscriptione. Fallitur autem Bachovius, qui eam etiam priori Codici insertam fuisse opinatur, cùm primùm edita sit biennio post editionem illius Codicis, anno scilicet primo post consulatum Lampadij & Orestis.

TEXTUS.

3. *Sed hactenus hoc illis à Principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militant & in castris degunt. Post missionem verò veterani, vel extra castra alij, si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civiũ Romanorum jure id facere debent. Et quod in castris fecerint testamentum non communi jure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum tantùm valebit. Quid ergo si intra annum quis decesserit, conditio autem hæredi adscripta post annum extiterit? an quasi militis testamentum valeat? Et placet valere quasi militis.*

NOTÆ.

3. VETERANI] οἱ ἀπολυθέντες τῆς στρατείας. Suid. qui justam missionem legitimis impletis stipendiis consecuti sunt, *l. 2. D. de veteran. l. 1. C de exc. vet.* ἀφίσεως ἐντίκου τυχόντος. Iulian *orat. 1. v.* Lips. ad 1. *annal.* & 2. *Hist.* Tac.

POST MISSIONEM INTRA ANNUM] Honestam vel causariam: nam eorum testamenta, qui ignominiæ causa missi sunt, statim desinunt jure militari valere, *l. 26. pr. & §. 1. h. t.* add. *l. 2. §. 2. de his qui not. infam. l. 13. §. 3. de re mil.* Lips. in 1. *annal.* Tac.

VALERE QUASI MILITIS] Quia conditio quandoque existens retrotrahitur, *l. 16. de cond. inst. l. 11. §. 1. qui pot. in pign.*

COMMENTARIUS.

1 *Falli tam eos, qui putant, hunc §. solum pertinere ad milites surdos & mutos militia missos, quàm qui negant ad hos pertinere omnino.*

2 *An & quatenus milites capite damnati jure militari testandi licentiam retineant.*

3 *An huc pertineant qui successoribus acceptis militare desinunt.*

NUlla ratio est, cur dubitemus, utrùm hic §. cum superiore connectendus sit, referendusque solum ad milites mutos & surdos, an generaliter ad omnes militia missos. Quippe cùm 1
justior causa dubitandi sit de mutis & surdis, propter incertitudinem voluntatis eorum, quàm de reliquis: & quotquot sunt hac de re loci in π illi generaliter loquuntur de omnibus, qui honestam vel causariam missionem meruerunt, *l. quod constitutum 11. l. testamenta 26. l. quod dicitur 38. hoc titul.* neque absurdum est aut superfluum, repeti, quod semel dictum est, si id fiat alterius rei signifi-

significandæ gratia, quàm quæ præcessit, ut fit hoc loco. Sunt ex contrario qui putant, ea, quæ hic traduntur, ad mutos & surdos milites dimissos aut extra castra versantes non pertinere: sed eos etiam post missionem aut alibi degentes retinere facultatem jure militari testandi: quot, ut unus error plerumque plures patere solet, ex eo natum est, quod crediderunt, mutos & surdos milites, sive ita natos sive factos, etiam litterarum ignaros, jure militari testandi licentiam habere; quos si missos dicamus, non aliter testari posse, quàm jure communi. Negamus eos ullo modo posse testari; quia nec possunt jure communi, *l. discretis C. qui test. fac.* & hoc verissimum est: falsum autem quod illi pro vero assumunt, posse ejusmodi mutos & surdos jure militari testari, ut abundè probavimus, §. *præc.*

Post missionem verò] Huic rei obstare videtur, quod etiam is miles, qui capite damnatus est, jure militari testandi licentiam habet, *l. ex militari* 11. *hoc tit.* qui tamen maximè pro misso & exauctorato haberi debet. Non unum est, quod hic respondeatur. Nam primùm miles capite damnatus privilegium testandi non retinet, nisi id nominatim sententia comprehensum sit, *l. si quis* 22. §. 1. *de legat.* 3 aut petierit & impetraverit, ut sibi jure militari testari liceret, *l. cùm hic* 32. § *si miles* 8. *de don. int. vir. & ux. l.* 6. § *sed etsi* 6. *de injust. rupt. irr. test.* Deinde nec is miles retinet, qui ex delicto cõmuni capite puniri meruit, sed tantùm, qui ex militari, *dd. ll. & l.* 1. *de vet. & mil. succes.* nec eo quovis; non eo, quòd fidem sacramenti rumpat, *d. l.* 11. *hoc tit.* verùm ex leviore aliquo: sunt enim multa militiæ delicta minus atrocia, quæ tamen ut capite puniantur, vigor disciplinæ militaris postulat. Denique testandi jus his tantùm conceditur de bonis castrensibus, quæ non vindicantur fisco; sed ab intestato ad proximos cognatos pertinent, *d. ll.* 1. *& l.* 2. *de vet. & mil. succ.* quos cùm unicuique permissum sit à successione sua excludere facto testamento, id militi etiam in proposita specie permitti placuit.

Intra annum, &c] Testamentum in castris jure militiæ factum jus suum etiam post missionem intra anni spatium retinet, vel eousque, dum institutionis conditio extiterit, *l. quod constitutum* 21. *l. testamenta* 26. *l. quòd dicitur* 38. *hoc tit.* De anni spatio hæc causa affertur, quod privilegia absentibus reipubl. causa, quales etiam sunt milites, concessa post reditum usque ad annum perseverant, §. *item* 2. *sup. de exc. tut.* De conditione hæc, quia conditio quandocumque existens retrotrahitur, atque exinde perinde habetur, ac si ab initio purè institutio facta fuisset, *l. si pupillus* 16. *de cond. inst. l.* 11. § 1. *qui pot. in pign. l.* 8. *de per. & com. rei vend.* Cæterum missionem intelligi oportet vel honestam, quæ emeritis stipendiis indulgetur; vel causariam, quæ propter valetudinem. Nam eorum testamenta, qui ignominiæ causa missi sunt, statim desinunt militari jure valere, *d. l. testamenta* 26. *hoc tit.* Consule de hoc *l.* 2. §. 2. *de his qui not. infam. Lipsium in lib.* 1. *Annal. Taciti.* Quæsitum est, an quod hic traditur etiam ad eos pertineat, qui non missione, sed successoribus acceptis militare desinunt; quales sunt duces exercitus, tribuni cohortium aut legionum, vel præfecti; nam testari quidem hos omnes jure militari posse, quamdiu exercitui, legionibus aut cohortibus præsunt, certum est, *l. tribunus* 20. *l. Titius* 25. *hoc tit. l.* 4. *C. eod.* Et Africanus respondit non pertinere, sed statim atque successorem acceperint, horum testamenta jure militari valere desinere, *d. l. quod constitutum hoc tit.* Ait autem, non pertinere, quantum ad verba constitutionum attiner, quæ de missis loquuntur, non quibus successor datur. Quid si igitur nos cum Cujacio ad *d. l. tract.* 4 *ad African.* tentemus ex sententia constitutionum etiam ad hos beneficium illud pertinere. Cur enim verba legum captamus? Aut quid in proposito refert, utrum quis dimittatur, an successorem accipiat? Certè Ulpianus non dubitat edictum de ijs, qui notantur infamia, quod de missis loquitur, ad eos extendere, quibus successores dantur, *d. l.* 2. §. 2. *de his qui not. infam.*

2

3

TEXTUS.

4. Sed & si quis ante militiam non jure fecit testamentum, & miles factus, & in expeditione degens resignavit illud, & quædam adjecit sive detraxit, vel aliàs manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est, valere hoc testamentum, quasi ex nova militis voluntate.

NOTÆ.

4. ANTE MILITIAM] Id est, qui cùm adhuc paganus esset, non jure communi testamentum fecit.

RESIGNAVIT] Resignare est signatum aperire, ἀποσφραγίζειν, *leg.* 1. §. 36. *depos. leg.* 6. *testam. quem aper.*

MANIFESTA MILITIS VOLUNTAS] Utique igitur semper necesse est, ut miles postea factus tempore expeditionis nova aliqua testatione voluntatem declaret: aliàs id testamentum ad privilegia militaria non pertinebit, *l.* 9. §. 1.

l.20.§.1.l.25 h.t. Nec obstat *l.15.§.2.eod.* ibi, *similitis voluntas contraria non sit.* Hoc enim sic accipiendum, quasi I.C. dixisset, si militis voluntas, quæ posteà secuta est, priori non sit contraria, sed eam confirmet.

COMMENTARIVS.

1 *Testamentum non ritè à pagano factum jure militiæ valere, si is, miles postea à factus & in castris degens recenti aliquo judicio priorem voluntatem comprobaverit.*

2 *Si nulla nova voluntatis declaratio interveneriț, testamentum illud ad privilegia militū non pertinere.*

3 *Vlpianus secum & cum alijs conciliatus.*

ALiud privilegium militare spectans confirmationem testamenti ante militiam non jure ordinati, quod tale est; Si quis, cùm paganus esset, testamentum non jure communi civium fecit, & posteà cùm militare cœpisset, in castris aut expeditione degens quovis recenti judicio, & sive voce sive facto aliquo declaraverit, se id testamentum valere velle, valebit ex nova militis voluntate: atque ita videbitur testatus per relationem. Est verò hoc superiori omninò consequens: nam cùm militi nuda voluntate testamentum facere permissum sit, ei etiam permittendum fuit, testamentum, quod ante militiam fecit, nuda voluntate posteà comprobare; quoniam hæc militis voluntas testamentum est, *l.1.in fin.l.in fraudum 15.§.2.hoc tit.* 1

Resignavit illud, & quædam adjecit sive detraxit, vel aliàs manifesta, &c.] Ad confirmationem testamenti, quod quis inutiliter ante militiam fecit, uti nihil amplius requiritur, quàm ut miles posteà factus tempore expeditionis id valere voluerit; ita enim necesse est, ut hoc nova aliqua testatione voluntatis declaret. Duo enim semper in omni militari testamento exigimus; ut de voluntate militis 2 constet; ut in expeditione testatus sit. At in proposito neque de voluntate militis constare potest, si nulla nova testatio intervenerit; quin potiùs tunc censendus est priorem inutilem voluntatem, qualem esse sciebat, talem manere voluisse: nec dici potest in expeditione testatus, à quo neque factum quicquam est, neque dictum, quod ad comprobationem prioris voluntatis pertineat. Enimverò non præcisè requiritur, ut miles recentem voluntatem apertè & verbis declaret, sed sufficit eam re aliqua & facto significari, unde commodè intelligi possit, cujusmodi facta sunt, si testamentum resignaverit, legerit que: ac rursus suo signo signaverit, si aliquid adjecerit, detraxerit, interleverit, perduxerit, emendaverit. Alterutrum autem horum omninò necessarium est, ut hic locus apertè ostendit. & apertius adhuc Iurisconsultus *l.Tribunus 20.§.1. eod.* disertè scribens, si nihil eorum, quæ diximus, intervenerit, testamentum ad privilegia militum non pertinere: quibus similia leguntur in *l.quod dicitur 38.§.1.in fin.eod.l.8.§.4.de jur.eod.* omnium autem apertissimus in hanc sententiam locus est Marcelli in *l.Titius 25. hoc tit.* ubi sic scribit; *Testamentum, quod (Titius) ante tribunatum fecisset, nihil si posteà ab eo factum dictum esse probaretur, ad jus commune pertinet. Constitutionibus enim Principum non militum testamenta, sed quæ à militibus facta sunt, confirmantur.* Cur igitur in re manifesta laboramus? Propter responsum Ulpiani, quod extat in *l.in fraudem 15.§.2.eod.tit.* in hæc verba; *Testamentum ante militiam factum à milite, si in militia decesserit, jure militari valere, si militis voluntas contraria non sit, Divus Pius rescripsit.* Ecce, non novam hic voluntatis declarationem Iurisconsultus exigit, sed tantum ut nulla contraria voluntas secuta sit: atqui hoc etiam tunc fit, cùm nulla omninò secuta est. An dicimus, Iurisconsultum loqui non de eo, qui cùm paganus esset, testamentum fecit; sed de milite, qui testatus est ante militiam? Ita quidem Gloss. Io. Fab. & alij. Sed ego hoc non capio, neque intelligo, quomodo miles dici possit ante militiam testamentum fecisse, nisi militem accipias καθ' ἀναφοράν, qui nunc miles est, cùm tempore facti testamenti esset paganus; nec illa Ulpiani verba, testamentū ante militiam factum à milite, aliter accipi debent aut possunt, quàm si dixisset, testamentum à milite factum antequam miles esset, seu cùm adhuc esset paganus: quibus etiam verbis ille ipse utitur, idem hoc rescriptum D. Pij referens, in *leg.1. §.9.eod.* Hoc cùm animadverteret Franciscus Hotomannus, ἀντινομίαν esse pronuntiavit, quem secutus est Anth. Matthæus. Verumenimverò si hic antinomiam admittimus, ubi non admittemus? Mille loci sunt, in quibus maior in speciem cum aliis pugna est, quàm in loco illo Ulpiani cum iis, quos anteà allegavimus. Fatetur Hotomannus, Iulianum, Marcellum, Paulum, atque adeò ipsum Iustinianum hoc loco exigere argumenta recentis judicij, & prioris apertam comprobationem: sed ait; ita jus vetus fuisse; novum autem constitutum esse à D. Pio sola taciturnitate, quasi perseverantia judicij contento; quòd jus proferatur ab Ulpiano: quam ob causam etiam Iustinianum reprehendit, quod contra quàm in proœmio recipit, jus obsoletum hic nobis obtruserit. Si à solo Iuliano, qui cæteris antiquior fuit, id proditum esset, poterat videri speciem aliquam veri habere, quod Hotomannus 3

mannus dicit. Sed cum etiam Marcellus, quo consiliario usum esse D. Pium testis est Capitolinus, & post hunc etiam Paulus, qui assessor Papiniani, & Ulpiani in assessura collega fuit, auctore Lampridio *in Alexand.* idem affirment, nullus color relinquitur, qui opinioni Hotomanni prætexi queat. Utique enim nimis putidum est dicere, aut ignorasse eos jus, quod à D. Pio constitutum erat, aut contra expressam constitutionem Principis respondisse. Quin etiam ipse Ulpianus in *leg. 9. §. 1. hoc tit.* disertè in hac eadem specie exigit priotis voluntatis expressam approbationem, idque, ut testatur, secundùm D. Pii rescriptum. Ait enim, testamentum factum à pagano, qui postea militare cœpit, jure militari valere, si miles factus hoc maluit, ut à D. Pio rescriptum est. Quid verò hoc aliud est, quàm si dixisset, si miles factus indicio aliquo novæ voluntatis ostenderit, se id velle valere? Significantiora certè sunt verba Iurisconsulti, quàm ut de simplici silentio aut voluntate in mente retenta intelligi possint. Atqui idem rescriptum est, idemque auctor, qui ejus meminit in *d. l. in fraudem. 15. §. 2. eod.* ut proinde, eundem utrobique etiam sensum esse, licet verba diversa sint, oporteat. Quod cum dicimus, hoc dicimus, verborum in *d. l. 15. §. 2. si militis voluntas contraria non sit,* & illorum in *d. l. 9. §. 1. si hoc maluit miles;* unam eandemque esse sententiam, quemadmodum ab uno eodemque prolata esse constat, ad rem eandem significandam. Plus nimirum sensit Iurisconsultus in *d. l. 15. §. 2.* quàm scripsit: quod cùm manifestum sit tum ex aliis locis, tum ex *d. l. 9. §. 1.* quæ est ipsius Ulpiani, cur verba urgemus, quæ & ipsa insuper ambigua sunt, & sic quoque accipi possunt, non ut nulla nova voluntas exigatur, sed ut saltem aliqua, quæ tamen priori contraria non sit, sed eam confirmet? Quamobrem miror, quid Hotomanno & Ant. Matthæo, summis alioqui viris, in mentem venerit, quod, eos, qui aiunt, Ulpianum & secum & cum cæteris de re proposita convenire; contentionis, quàm veritatis cupidiores esse, tam præcipites pronuntiaverint.

TEXTUS.

5. *Denique & si in adrogationem datus fuerit miles, vel filiusfamilias emancipatus est, testamentum ejus quasi ex nova militis voluntate valet: nec videtur capitis deminutione irritum fieri.*

NOTÆ.

5. IN ADROGATIONEM DATUS] Qui de castrensibus bonis testatus erat, *l. 23. h. t.*

QUASI EX NOVA MILITIS VOLUNTATE] *l. 22. eod.* ut capitis minutione secuta voluntas repetita censeatur: nam jure communi requiritur nova voluntatis declaratio, *l. 11. §. 2. soc. tab.*

COMMENTARIUS.

IURE communi testamentum irritum fit etiam minima capitis deminutione testatoris, puta si se adrogandum dederit, *§. 4. inf. quibus modis test. inf.* militare non item. Sed & si filiusfamil. miles à patre in adoptionem datus fuerit, aut emancipatus, placet testamentum ejus valere, nec capitis deminutione irritum fieri, *l. miles, 22. & l. seq. hoc tit.* Ut autem huic quæstioni locus sit, oportet testamentum factum statuatur, de bonis castrensibus: nam filius quidem familias de aliis bonis testari non potest: pater autem familias etsi potest, si tamen de omnibus bonis testatus sit, necesse est tale testamentum infirmari per adrogationem; quippe cùm quicquid extra peculium castrense est, id acquiratur patri adrogatori; qua de causa etiam Iurisconsultus in *l. 23. hoc tit.* expresè meminit militis de castrensibus duntaxat rebus testati. Quamvis autem quæ hoc loco & *d. l. 22. & l. seq.* proponitur, inter privilegia militaria referatur: idem tamen postea, neglecta subtilitate juris, productum videtur ad veteranos jure communi de bonis castrensibus testantes, *leg. 1. §. exigit, 8. de bon. possess. sec. tab. leg. 6. §. ultim. de injust. rupt. testament.*

TEXTUS.

6. *Sciendum tamen est, quod, cum ad exemplum castrensis peculij, tam anteriores leges, quàm Principales constitutiones, quibusdam quasi castrensia dederant peculia, & horum quibusdam permissum fuerat etiam in potestate degentibus testari, nostra constitutio id latiùs extendens, permiserit omnibus in hujuscemodi peculiis testari quidem, sed jure communi. Cujus constitutionis tenore perspecto, licentia est, nihil eorum, quæ ad præfatum jus pertinent, ignorare.*

NOTA

NOTÆ.

6. ANTERIORES LEGES] Pandectas videtur intelligere, *l.2.§.6.ad Trebell.l.3.§.5.de bon. poss.l.1.§.15.de collat.l.7.§.ult.de donat.* Cujac.

NOSTRA CONSTITUTIO] *d.l.ult.C.de inoff test.l.ult. C.qui test. fac.*

SED IURE COMMUNI] Iure autem militari testari non possunt: hoc enim privilegium illius solum tributum, qui sub armata militia stipendia merent & tunc cùm in castris degunt: ut inepti sint qui hoc extendunt ad militiam togatam, aut aliàs imaginariam, cujus crebra mentio in *3. post. lib.Cod.*

COMMENTARIVS.

1 *Privilegium jure militari testandi etiam nostri temporis militibus competere.*

DE differentia & qualitate peculii filiorumfam. actum *sup. §.1.per quas pers.cuiq.acq.* hic tantum quædam monentur propter id peculium, quod ad exemplum castrensis filiisfam. concessum fuit, olim eorum quibusdam duntaxat cum potestate de eo testandi, à Iustiniano cum eadem potestate omnibus, *l ult. C.de inoff.test. l.ult. C.qui testam. fac.*

Anteriores leges] Pandectas intelligo cum Cujacio. Etenim etiam ea, quæ legibus continentur de hoc quasi castrensi peculio, non esse ex lege aliqua ad populum lata, sed ex constitutionibus, argumento est, quod ipsum peculium castrense, cujus exemplo comparatum est quasi castrense, ex constitutionibus est. In Pandectis autem non semel tantùm, aut ad summum iterum, ut falsò Mynsingerus existimat, sed sæpiùs hujus quasi castrensis peculij mentio fit, ut in *l.1.§.in filij, 6.ad senat.Treb. l.2.§.dari, 5.de bon.poss.l.1.§.nec castrense, 15.de collat. l.filiusfam.7 §.ult.de donat.*

Quam principales constitutiones] Constitutiones intelligit recentiorum Imperatorum, quarum quædam etiam extant in posteriore Codice, *l.velut, 7.C.de assess. l.4. C.de adv.div. iud.1. l.un. C.de castr.omn pec.l.ult.C.de castr.pec.lib.12.*

Et horum quibusdam] Veluti consulibus, proconsulibus, legatis & præsidibus provinciarum, cæterisque in universum omnibus, qui positi erant in eminentiore aliquo dignitatis aut administrationis gradu: patronis verò causarum, memorialibus, agentibus in rebus, magistris liberalium artium, archiatris, & id genus alijs in tam ampla dignitate non constitutis, ea quidem, quæ hujusmodi operam reipub. navantes paraverant, plena proprietate concessa fuerunt, ut hæc etiam patre mortuo quasi peculium quoddam castrense præciperent: cæterùm jus de his rebus testandi iis datum non fuit, *l ult.C.de inoff.test.* Hinc apparet, non satis validum esse argumentum, quo nonnulli filiisfam. jus testandi defendunt, etiam in peculio adventitio iis casibus, quibus plena ejus proprietas illis concessa est: de quo ampliùs *tit. proximè seq.*

Testari quidem, sed jure communi] *d.l.ult.C.de inoff. test.d.l.ult. C.qui test.fac.* Quare filijfamil. omnes, qui quasi castrense peculium habent, idem per omnia in eo jus habent ex constitutione Iustiniani, quod filijfam. veterani in peculio castrensi: jure autem militari testari non possunt: hoc enim privilegium illis solis tributum est, qui sub armata militia stipendia merent; neque simpliciter, sed tunc, cum expeditionum laboribus occupantur, ut inepti sint, qui hoc extendunt ad alias militiæ species, togatæ scilicet aut aliàs imaginariæ, cujus crebra mentio in tribus posterioribus libris Codicis. Illud nihil refert, utrùm quis pedes mereat, an eques. In classibus omnes nautæ & remiges milites sunt, *l.un.§.1.de bon.poss.ex test.mil.* Quidam negaverunt, privilegia jure militari testandi competere militibus nostrorum temporum, eo quod vetus ratio legendi & ritus assumendi militem in desuetudinem abiit. Sed hoc argumentum nullius momenti est: durat enim nihilominus causa privilegii, laborum & periculorum functio, cùm in expeditionibus sunt, ubi armorum strepitus vocem juris civilis eos audire non patitur, *Vigl.ad rubr.hic Gail.2.obs.118.Vaud.1.q.55.Christin.vol.4.decis.5. Sichard.ad rubr.C.hoc tit.n.9.Graff.§.substitutio, q.66. Grot.2.introd.7.Perez C.de test.mil.in fin.*

TITULUS XII.

Quibus non est permissum facere testamentum.

1 *Vt testamentum consistat, quanam in persona testantis requirantur.*
2 *Damnatos capite olim certo iure testandi facultatem amisisse.*
3 *An novellis legibus ab eo iure recessum.*

REDITUS ad jus commune. Disseruit *tit.* 10. de forma & modo testandi: progreditur nunc ad personam testantis: quod est alterũ ex tribus illis, quæ in omni testamento consideranda esse diximus *sub rubr. d.tit.* In persona testantis duo exiguntur: unum est, ut conditione sit civis Romanus: quod indicat primum

&c

& secundum caput legis Falcidiæ, *l. 1. ad leg. Falc.* proinde testamentum facere non possunt peregrini aut ad peregrinitatem redacti, ut deportati, *l. 8. §. 1. & 2. h. t. qui test. fac. l. §. 2. de legat. 3.* nec servi aut capti ab hostibus, *d. l. 8. ult. l. filiusfam. 16. hoc tit. §. ult. inf. eod.* nec obsides, nisi eis permittatur *l. 11. eod.* Ac ne is quidem, qui de statu suo & conditione incertus est, testari potest, *l. 14. & seq. eod. l. 1. in pr. de leg. 3.* Alterum est, ut sit sui juris, uno verbo patersfam. de quo statim *in pr. hujus tit.* Qui patresfamiliarum sunt, omnes testamentum facere possunt, exceptis iis, qui voluntatem suam recto certoque judicio significare aut exprimere nequeunt, *de quibus in §. 1. & 3. seqq.* nec non aliis quibusdam, quos lex ob delictum admissum, aut apostasiam hæresimve nominatim testari vetat, *l. is cui 18. §. 1. l. cum lege 26. hoc tit. l. 3. C. de apostat. l. 4. C. de hæret. & Manich. l. 6. & auth. seq. C. de incest. nupt.* Olim omnes capitali crimine damnati certo jure testamenti factionem amittebant, quoniam statim atque sententiam passi essent, libertatem & civitatem perdebant, *d. l. 8. §. ult. l. 6. §. sed & 6. de iniust. rupt. test. l. 12. l. qui ultimo 26. de pœn.* Aio *damnati*: nam si quis indemnatus, quantumvis post accusationem & in custodia, decessisset, eius testamentum valebat, *l. 9. hoc tit.* uti & damnati appellatione interposita, medioque tempore pendente appellatione testati & defuncti, *leg. 15. § ult. eod.* Quæritur autem, an novellis legibus, *Nov. 17. cap 10. Nov. 62. cap. 8. item 134. cap. ult.* unde *auth sed hodie, C. de don. int. vir. & ux. & auth. bona. C. de bon. proscript.* ab eo jure recessum sit: nam his constitutionibus & servitus pœnæ tollitur, & bona capite damnatorum non publicantur extantibus liberis & parentibus. Sed tamen quia eis bona adimuntur, & in liberos vel parentes transferuntur, ne hodie quidem eos testari posse dicendum videtur, *D. Tulden. hic cap. 6. add. Salicet. in d. auth.* sed *hodie. Vasq. 3. contr. illust. 96. Craff. §. testamentum quæst. 26. Clar. §. testamentum quæst. 21.* Jac. Vervvey *tract. de art. testam. cap. 4.* ubi notat, in his regionibus damnatos capite, quorum bona publicata non sunt testamenti factionem retinere.

TEXTUS.

Non tamen omnibus licet testamentum facere. Statim enim ij, qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent: adeò quidem, ut quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis jure testari possint: exceptis ijs, quos anteà enumeravimus, & præcipuè militibus, qui in potestate parentum sunt: quibus de eo, quod in castris acquisierunt, permissum est ex constitutionibus Principum testamentum facere. Quod quidem jus ab initio tantùm militantibus datum est, tam ex auctoritate divi Augusti, quàm Nervæ, nec non optimi Imperatoris Trajani: postea verò subscriptione divi Hadriani etiam dimissis à militia, id est, veteranis, concessum est. Itaq; siquidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum, quem hæredem reliquerunt. Si verò intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum jure communi pertinebit. Ex hoc intelligere possumus, quod in castris acquisierit miles, qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere, vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune esse: sed scilicet proprium esse ejus, qui id in castris acquisierit: quanquam jure civili omnium, qui in potestate parentum sunt, peculia perinde in bonis parentum computentur, ac servorum peculia in bonis dominorum numerantur: exceptis videlicet ijs, quæ ex sacris constitutionibus, & præcipuè nostris propter diversas causas non acquiruntur. Præter hos igitur, qui castrense peculium, vel quasi castrense habent, si quis alius filiusfam. testamentum fecerit, inutile est; licet suæ potestatis factus decesserit.

NOTÆ.

QUI ALIENO IURI SUBIECTI] Filiisfam. testamentum facere non possunt, *l. 6. h. t. l. pen. C. eod.* & olim quidem vel ideo nō poterant, quia nihil suum habebant. Ulp. *tit.* 20 § 9. Hodie non possunt, quia ne nunc quidem quicquam pleno jure tanquā patresfam. habent, excepto peculio castrensi & quasi: de quo ob id etiam testari iis permissum. Testandi autem facultas solis patribusfa. lege concessa: *Paterfam. uti legassit,* &c. Cic. *ad Haren lib. 1.*

QUAMVIS PARENTES PERMISERINT] Quia testamenti factio juris publici est, *l. 3. h. t.* id est, ei soli competit, cui jure publico permissa. Ex

quo efficitur, ut nec consentiente patre codicillos facere, legatúmve aut fideicommissum relinquere filiusfam. possit, *l. 6. §. 3. de iur. cod. l. 25. §. 1. de mort. ca. don.*

ANTEA ENUMERAVIMUS] Qui scil. castrense & quasi castrense peculium habent, *§ ult. tit. sup.*

JURE COMMUNI] Id est: jure hæreditario, post liberos & fratres intestato mortui, id est in textu, *l. 3. l. 4. C. de bon. quæ lib.* jure novissimo à liberis solum, non etiam a fratribus parens excluditur. *Nov. 118. c. 2.* Explodendum igitur, quod Cujac. Pac. Fabrot. in margine notant, *iure communi*, id est, *iure patrio, iure peculij*, ex veteri & abrogato iure in *l. 2. de castr. pec.*

PROPRIUM EIUS ESSE] Ita ut in eo vice patrisfam. fungatur, *l. 2. de SC. Mac.* quod ius & quasi in castrensibus ei postea tributum. *§. ult. tit. sup.*

QUANQUAM IURE CIVILI] Oratio perplexa: sententia tamen Justiniani ex iis, quæ antecedunt, & mox subjiciuntur, satis manifesta. Vide commen.

PRÆTER HOS, QUI CASTRENSE VEL QUASI] Igitur nec de peculio adventitio filiusfam. testari potest, ne de illo quidem, cujus usumfructum pater non habet, *l. ult. § 5. C. de bon. quæ lib.* junct *l. pen. C. h. t.* quamvis de eo inter vivos disponendi libera filiofam. majori 25. annis concessa sit facultas, *Nov. 117. c. 1. §. 1.*

LICET SUÆ POTESTATIS DECESSERIT] Jus generale *l. 19. h. t. l. 29. l. pen. de reg. iur.* ex definitione regulæ Catonianæ, *l. 1. de reg. Cat.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur filiusfam. testamenti factionem non habeant.*
2. *Cur ne patre quidem consentiente rectè teste ur, cùm ita mortis causa rectè donent.*
3. *An testamentum à filiofam. factum cum consensu patris, propter adscriptam clausulam, ut id valeat cuiuscumque ultimæ voluntatis, vi saltem sustineatur in vim donationis causâ mortis.*
4. *Intestato filio mortuo peculium castrense jure Codicis ad patrem non rediisse iure peculij: sed liberis & fratribus non extantibus jure successionis ad eum devolutum.*
5. *Peculio pagano adventitio cum castrensi communia.*
6. *Plenius ac planius, quàm vulgo ostenditur, si iumf. ne de iis quidem adventitijs testari posse, quorum fructus patri non quæritur.*
7. *An de his codicillos facere, aut sine patris consensu mortis causa hæc donare possit.*
8. *Quid hic mos civitatis harum regionum receptum.*

QUI alieno juri subiecti] Lex duodecim tabularum liberam testandi facultatem civibus concedens præcisè ac definitè de patribusfam. locuta est. Extat integrum legis caput apud auctorem ad Herennium *lib. 1.* in hæc verba; *Paterfamilias uti legassit super familia pecuniave sua, ita jus esto.* Ex eo quod Decemviri hoc jus nominatim 1
concesserunt patrisfamil. hoc est, civi Romano, qui sui juris est, satis intelligitur, idem eos filiusfam. permittere noluisse. Quinimò non potuerunt nisi ridiculè testandi facultatem permittere iis, qui nihil suum habebant, de quo testari possent: quippe notum est, filiosfam olim omnia parentibus, quorum in potestate erant, pleno iure acquisivisse: quæ etiam ratio, cur filiifam. testari non possint, reddita est ab Ulpian. in *fragm. tit. 20 § filiusfam. 9.* duratque eadem etiam nunc: quicquid enim hodie filiifam. proprium est, in eo non ut filiusfam. sed ut paterfam. consideratur. Et peculium quidem castrense, & quasi castrense sub qualitate patrisfamil. ei plenissimo jure concessum est: cæterum & in adventitio quadantenus vicem patrisfam. sustinet: cùm alioqui ne proprietas quidem huius peculii penes eum esse posset; pugnatque cum conditione filiifam aliquid proprium habere. Hoc autem posito, filiosfam. jus testamenti faciendi non habere; consequens est, eos, nec legatum aut fideicommissum relinquere, aut codicillos facere posse: quippe quæ iis demum permissa sunt, qui & testamentum condere possunt, *l. 2. de legat. 1. l. 1. §. 2. de legat. 3. l. 6. §. pen. de iur. cod.* Denique in his etiam locum habet ratio Ulpiani, quod filiifam. nihil habent proprium.

Quamvis parentes eis permiserint] *L. 6. eod.* Atque hoc etiam ut consectarium ex superiori deducitur. Etenim permissio illa patris non efficit, ut filiusfam. incipiat esse paterfam. Lex autem duodecim tabb. non aliis, quàm patribusfam. testandi potestatem concessit: eóque pertinet: quod Papinianus scribit *l. 3. eod. Testamenti factio non privati sed publici iuris est.* Hoc est, ius testamenti faciendi non privatorum auctoritate, sed iure publico & legibus cuique tributur: adde quod nec sic quidem filiosfam. quicquam acquiritur, de quo testari, aut in quo hæredem habere possit. Ex quo iam etiam efficitur, ut nec consentiente patre codicillos facere, legare aut fideicommissum relinquere valeat. Eadem enim utrobique ratio est. An igitur filiofam. nec mortis causa donare volente patre permittendum? Ita videri potest, cùm mortis causa donationes per omnia ferè ultimis voluntatibus comparentur, *§. 1. sup. de donat. l. ult. C. de mort. ca. don.* Placuit tamen, posse filiumfamil. permittente patre mortis causa donare: nimirum quia donatio mortis causa, etsi 2

in

in plerisque jure ultimæ voluntatis censetur, in quibusdam tamen naturam negotii inter vivos & contractus habet, *l. senatus* 35. §. 3. *de mort. ca. don.* maximeque in eo, quod ad eam perficiendam traditione aut conventione opus est, ut pluribus ostendimus in *d. §. 1.* ac proinde hactenus etiam eodem jure cum conventionibus haberi; hoc est, privatorem arbitrio regi debet, perindeq; habendum, ac si pater ipse per interpositam filii personam donasset, in eoque usus esset filii ministerio, *l. 9. §. 2. de donat.* Atque hanc ob causam, etsi filii, quoque persona in hac donatione spectatur, tum in ea perficienda, tum infirmanda, putarem tamen, etiam patrem eam revocare posse, *cum Bart. in l. 2. §. 1. de donat. Aug. & Io. Fab. hic.* nam quod traditum est de testamentis, ea non debere pendere ex alieno arbitrio, *l. illa institutio* 32. *de hær. inst.* protinus ad mortis causa donationes trahendum non est. Non obstat iis, quæ diximus, argumentatio Ulpiani in *l. 1. § 1. de tut. & rat. distr.* concludentis, ei, cui testamenti factio permissa non est, nec permittendum esse mortis causa donare: procedit enim ista argumentatio in patrefamil. qui bona propria habet, sed testari non potest propter ætatem & defectum judicii, qualis est pupillus, de quo etiam Jurisconsultus loquitur. Hinc jam illud quæsitum est, si filius famil. testamentum cum consensu patris condiderit adscripta clausula, *si non valeat iure testamenti, valeat iure codicillorum, aut cuiuscumque ultimæ voluntatis vi*, num in hac specie voluntas filii substineri debeat saltem in vim donationis causa mortis. Et vulgò placuit, debere: quoniam appellatione ultimæ voluntatis etiam mortis causa donatio continetur; & in proposito clausula illa, *aut cuiuscumque ultimæ voluntatis*, in nulla alia specie ultimæ voluntatis verificari potest, quàm in donatione mortis causa; quæ utique patris consensu facta valet, ut iam demonstratum est. Ita *D. Vigl. hic n. 10. Clar. §. donatio. quæst. 6. n. 8. Tessaur. decis. 150. Fachin. 5. contr. 64.* 3

Exceptis iis, quos antea enumeravimus] Qui scilicet castrense & quasi castrense peculium habent. In his enim bonis filiifam. beneficio Principum testamenti factionem habuerunt, *§. ult. prac. tit l. ult C. de inoff. test, l. pen. & ult. C. hoc tit. l. 7. §. ult. de donat.* & quoad cætera quoque in hoc peculio plenissimo jure patrumfam. usi sunt, *l. 2. de sen. Mac. leg. 4. de judic.* excepto quod intestari morientes in eo etiam exitum filiorumfamilias patiebantur, *leg. 2. de castr. pecul.* de quo mox uberius.

Quod jus ab initio tantum militantibus, &c.] Refert Imperator quibus gradibus ad summum eius juris, quod filiifam. in castrensibus habent, perventum est. Initium eius Augusto tribuit. (Ulpianus Julio, *leg. 1. de test. mil.*) progressum Nervæ & Trajano. (Ulpian. *d. loco* etiam Titij & Domitiani meminit.) patetque ex illo Juvenalis *sat. ult.*

Solis præterea testandi militibus ius
Vivo patre datur, &c.

sub Domitiano idem obtinuisse: consummationem Hadriano: quippe illi militantibus tantùm, hic etiam veteranis de eo, quod in castris acquisierunt, cæteroque peculio, quod militiæ beneficio adepti sunt, *l. 11. de castr. pec.* vivis parentibus, quorum in potestate sunt, testandi facultatem dedit; ita ut quod antea solorum militum erat, id bonorum privilegium rescripto Hadriani factum sit. Illud interest, quod veteranis non nisi jure communi, militibus etiam suo, id est, militari jure, testamentum facere permissum est. Veterani autem dicebantur, qui vel exauctorati sub vexillo adhuc retinebantur, cæterorum immunes, nisi propulsandi hostis; vel qui confectis legitimis stipendiis protinus demissi erat, ἀφεστῶς ἐντίμως τυχόντες. Consule commentaria D. Lipsii in *lib. 1. Annal. Taciti.* ubi & de annis legitimæ militiæ.

Ad parentes eorum iure communi pertinet] Utut pater in peculio castrensi vivente filio nihil juris habuerit, ipseq; filio concessum, in eo, quem vellet, hæredem sibi instituere: tamen diu jus vetus hactenus patri conservatum fuit, ut filio intestato mortuo iure peculii etiam bona castrensia ad patrem redirent, eademque hoc casu adhuc esset conditio castrensis peculii & pagani, nec in illo magis, quàm in hoc, filius fam. hæredem ab intestato haberet, *l. 2. l. 9. l. 14. de castr. pec.* Cæterum huic iuri posteriorum Principum constitutionibus derogatum est; & primum liberis militis aut veterani intestato mortui, deinde fratribus bona castrensia iure hæreditatis delata, & tertio ordine parentibus: id quod hic locus apertè ostendit, atque ex eo etiam perspicuum est, quod filiifam. etiam in bonis adventitiis, maternis & materni generis, lucrisque nuptialibus, eosdem hæredes habere placuit, *l. 3. l. 4. C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de succes.* quibus tamen in bonis plus patri relictum, quàm in castrensibus. Igitur quod hic Imp. ait, filiorumfam. intestato decedentium bona castrensia, non extantibus liberis aut fratribus, ad parentes pertinere jure communi, non sic accipiendum est, ut Cujac. Hotom. Pacius, Fabrotus, & ferè quotquot sunt, fecere, iure peculii secundùm ius antiquum, quo filii morte etiam peculium castrense, non quasi hæreditas, sed quasi peculium & quasi à patre profectum, ad patrem redibat; verùm jure successionis seu hæreditatis, quæ tertio loco parentibus 4

ab intestato defertur ex constitutionibus Principum, novo. quidem, sed communi jure. Nam si jure peculii ea bona adhuc ad patrem redire oporteret, nemo in iis patri præponi posset, ac nec cuiquam deferri possent jure hæreditario; sed pater tanquam iam olim sua & à se profecta statim occuparet: nisi quis putet cum Viglio, dici posse, liberis aut fratribus superstitibus, jus patris quiescere; illis autem deficientibus, pristinum jus patri integrum relinqui. Sed hanc interpretationem prædictæ constitutiones non ferunt, quæ omnes loquuntur de iure & ordine successionis: add. quæ scripsi ad §. *ult. inf. de leg. agn succ.* Plurimùm vero interest, utrum dicamus, jure peculii, an hereditario ad patrem hæc bona pertinere: quippe illo casu, mortuo filio ipso jure apud patrem remanent, quasi perpetuò ipsius fuerint: hoc casu sine aditione nec acquiri, nec transmitti possunt: illo casu peculio tantùm tenus creditoribus filii respondere tenetur; hoc, in solidum nisi inventarium confecerit, § *5. inf. de hær. qual.* Illo denique casu matrem excludit, hoc casu non item. Hodie ius liquidum est, atque hæc disputatio penitus sublata. Constat enim ex *Nov.* 118. bona filii famil. sive castrensia sive pagana adventitia non amplius iure peculii, sed hæreditatis patri deferri; nec jam ordine tertio sed secundo, ita ut cum eo mater simul & fratres defuncti admittantur.

Ex hoc intelligere possumus &c.] Subjiciuntur hic quædam alia iura, quæ filiusfam. in castrensi peculio habet, & nimirum hæc tria: primum quod hoc peculium ita filii proprium est, ut pater id ei adimere non possit: alterum superiori consequens, quod creditores patris id vendere aliòve modo inquietare nequeant: tertium quod patre mortuo id filius præcipuum habeat, nec cum fratribus communicare, aut his conferre cogatur. Quæ cuncta, aliaque plura, etiam jure veteri obtinuerunt: nam ut antè dictum est, filiusfam. in castrensi peculio in omnibus iure patrisfam. fungebatur, tantùm intestatus tanquam filiusfam. decedebat, *l. 2. de sen. Mac. l. 4. de judic. l. 4. de castr. pec. iunct. l 2 eod.* Quæ autem hic traduntur, olim erant castrensis peculii propria: hodie verò castrensi cùm pagano adventitio sunt communia: nam nec adventitia bona pater filio nunc adimere potest: & quod olim in castrensibus iuris erat, ut fratribus non conferrentur, *l. 1. § nec castrense 15. de collat.* idem hodie obtinet & in adventitiis, *l. ult. C. eod tit.* In solo profectitio peculio nihil mutatum est, sed quemadmodum id totum patris manst, ita potest filio id pater adimere: ita patre mortuo cum fratribus communicandum: ita filius pati debet, ut id creditores, paterni sibi habeant. Nam quando ab Ulp. traditum est *l. 4. § sed utrum 4. in fin. de minorib.* si patris bona à fisco propter debitum occupata sunt, peculium profectitium filio ex cõstitutione Claudii separari, id specialis humanitatis est. Princeps dum ius fisci minuit, suum minuit: ut alteri ius quæsitum auferre non debet, *l. 2. de his qui sui vel al. iur.* & forsassis debitum κατα χρησιν Jurisconsultus accepit, pro debito ex causa delicti damnato patre. Nullam certè rationem habet, quod D. Viglius putat, ex causa delicti peculium à fisco occupari, at non ex causa debiti: longè enim major ratio est, ut peculium filii separetur patre damnato, quàm, cum fiscus venit, ut verus creditor: quippe cùm in pœna nec privilegium habeat, sed creditoribus postponatur, *l. 11. l. in summa 17. l. quod placuit 37. de iur. fisc. l. un. C. pœn. fiscal. cred. præf. lib. 10.* Ergo, inquis, non fiscus, sed filius damnato patre actione de peculio convenien-dus est, contra quam respondet idem Ulp. *l. 1. §. 4. quand. act. de pec. ann.* Respondeo, fiscum etiam ea actione teneri, sed tunc cum filius peculium repudiavit: alioqui conventum exceptione se tueri, & creditores ad filium remittere posse.

Quanquam iure civili omnium, qui in potestate] Perplexè & salebrosè hęc tradũtur. Jure civili antiquo filiusf. omnia patri acquirebat, haud secus ac servus domino, uti dictum est, §. 1. *sup per quas pers.* Primus Augustus ex. cepit peculium castrense, aut potius milites in causa huius peculii; Hadrianus etiam veteranos: mox & quasi castrense peculium exceptũ: procedente tempore etiam adventitium, & præcipuè constitutionibus Justiniani: non tamen ut per omnia eodem jure peculium adventitium apud filium esset, quo castrense & quasi castrense, sed ut ille eius proprietatem, pater usumfructum regulariter haberet, *d. §. 1. l. cum pater 6. C. de bon quæ lib.*

Præter hos igitur, qui castrense peculium vel quasi] Quamvis non tantum castrense & quasi castrense peculium, sed quædam etiam bona filii adventitia ex constitutionibus patri non acquirantur; atque à Justiniano in universum adventitiorum omnium proprietas filio concessa sit: in duobus tamen istis generibus duntaxat jus testamenti faciendi ei permissum, non item in tertio. Non habet hæc res dubitationem, cùm, quod regulare est, filius tantùm nudam proprietatem in peculio adventitio habet, pater usum fructum: sed cùm sint quidã casus, quibus filio plena & solida proprietas acquiritur, anne tunc quidem de his bonis testari possit, non satis convenit. Casus unus iam tũ erat, cum Institutiones componerentur. Nã in *l. ult. C. de bon quæ lib.* sic à Justiniano constitutũ est, ut si filio hæreditas aut legatum fideicommissum delatum sit, & pater filio consentire nolit, ut hæreditatem adeat aut relicta

agnoscat,

agnoscat, filius propria auctoritate & patre invito id facere possit, & sibi hoc facto, quod relictum est, in totum acquirat. Novellis constitutionibus plures huiusmodi species introductæ. Idem enim obtinere placuit in rebus filiofam. Ea lege datis, ut ne ususfructus ad patrem perveniat: item in hæreditate fratris aut sororis, ad quam unà cum filio pater admittitur: postremò etiam in iis rebus, quæ filio deferuntur patre divortium faciente sine causa, *auth. excipitur, cum 2. seqq. C. de bon. quæ lib.* An igitur ne his quidem casibus filio permissum de peculio adventitio testari: Sunt qui putant, permissum esse, & Triboniano hæc scribenti in mentem non venisse, *l. ult. §. ipsum autem 5. vers. filijs autem, C. d. tit.* ubi Justinianus duntaxat eo casu, quo apud patrem ususfructus est, filium de bonis adventitiis testari non permittit: inde enim à sensu contrario colligunt, in altera specie adventitiorum id ei licere. Probabilis sanè collectio, nisi ipse Justinianus posteà mentem suam clarè expositisset. Nam cùm hæc ipsa quæstio jam tum ætate Justiniani, nec multò pòst emissam *d. l. ult.* exorta esset, ipse nova constitutione edita dubitationi occurrit, quæ est *l. pen. C. qui test. fac.* qua declarat; minimè sibi in constitutione nuper à se promulgata propositum fuisse, filiisfam. in bonis adventitijs permittere testamenti factionem, sive cum consensu, sive sine consensu patris bona possideant, ac proinde sive nudam sive plenam eorum proprietatem habeant: sed in hoc antiquam legem per omnia servari jubet. Conferantur inter se constitutiones, perspicuè apparebit, alteram alterius explicandæ, & *d. l. pen.* tollendi erroris gratia, cui verba *§ 5. d. l. ult.* causam dederant, scripta esse. Non enim alia lex per eam, quam in *d. l. pen.* ait à se promulgatam esse, intelligi potest, quàm in qua extat distinctio illa, cuius meminit, & ad quam se refert in *d. l. pen.* utrũ scilicet filius bona possideat cum consensu, an sine consensu patris: at illa distinctio extat in una *d. l. ult.* nusquam alibi. Sed quid quærimus amplius? Negat expressè in *d. l. pen.* se jus testandi filio permittere in bonis, quæ possidet sine consensu patris: atqui horum plenam proprietatem filio in *d. l. ult.* concesserat, neq; erat tunc alius casus, quo ususfructus in hoc genere peculij ad patrem nõ pertinebat. Adhæc jubet circa filiorumfam. testamenta per omnia observari legem antiquam. Nulla verò lege antiqua filiofam. testamentum facere permissum, præterquam dè bonis castrensibus & quasi castrensibus: neq; concessio plenæ proprietatis mutat qualitatem peculij, quæ ex sola causa acquirendi æstimatur. Ridiculi autem sunt, qui per legem antiquã intelligunt ipsius Justiniani aliquam cõstitutionem

6

& nominatim illam ipsam, quam explicat, *l. ult. C. de bon. quæ lib.* Non potuit, nisi absurdissimè, antiquã appellare, quam initio *d. l. pen.* profitetur nuper à se promulgatam, nec ullas suas ipsius leges antiquas, cùm nulla tunc esset biennio aut triennio vetustior. Novissimo jure etsi filiofam. quædam alia eiusdem generis bona pleno jure proprietatis concessa sunt: nullibi tamen jus de iis testandi ei datum legimus. *Nov. 117.* permittitur filio de huiusmodi bonis quovis modo disponere: at in Græco est διοικεῖν, quod testamenti factionem non comprehendit: & sine eo etiam apertissimum est eo loco intelligi tantùm dispositionem inter vivos & liberam horum bonorum administrationem: quippe cùm hæc dispositio ei tantùm permittatur, qui perfectæ ætatis est, hoc est, filiofam. majori 25. annis: cæteroquin curatores ei dari jubentur; cùm tamen minor 25. annis etiã, curatorem habens, post annum decimum quartum testamentum facere possit, *l. 5. hoc tit.* At, inquies, quod conceditur inter vivos, id multo magis licere debet in ultima voluntate, *arg. tit. de leg. Fus. Can. toll.* Respondeo, hanc propositionem nec perpetuò verã esse, de quo vide *Everhard. in Top.* & procedere tantùm in obiecto præsupposita habilitate personæ, quæ deficit in filiofamil. Sic etiam non procedit in filiofam. argumẽtum ductum à jure plenæ proprietatis, quasi eo jure concesso omnia concessa intelligantur, quæ patrifam. in re sua, ut eius liberrimo moderatori & arbitro, permissa sunt. Patet hoc ex eo, quod filiifam. patroni causarum, magistri liberalium artium, &c. etsi plenam proprietatem peculij quasi castrensis olim habebant, jus tamen de eo testandi ante Justinianum non habuerint, *§. ult. præc. tit.* Nimirum ut dictum est in pr. qualitas filiifam. obstat, quominus testari possit: ut autem possit de castrensi & quasi castrensi peculio, non ex eo est, quod simpliciter plena eius proprietas filio concessa; sed quia placuit id eum habere sub qualitate patrisfam. ut etiam de eo testari posset. Nihil movet, quod filius in hac specie adventitiorum hæredem ab intestato habet: nam & in altera specie, cùm nuda eius est proprietas, habet. Potest ex lege hæredem habere, etsi sibi hæredem facere non potest: & in casu *Nov. 22. cap. 26.* ponendi sunt termini habiles filii emancipati; alioqui sequeretur, etiam de iis adventitijs filium testari posse, quorum ususfructus ad patrem pertinet: Postremò nullam admodum causam video, cur filiofam. testandi facultas in una specie adventitiorum concedatur, in altera denegetur: nam sola ususfructus à proprietate separatio impedire non potest, quo minus jus sit de proprietate testandi, *inf. de hær. inst. in pr. l. rectè dicimus 25. de verb. sign.* Atque hęc etiam com-

7 munis est interpp. sententia. Porrò hoc constituto, filiumfam. de bonis adventitiis testamentum facere non posse, tractari tamen adhuc potest, an non saltem de his bonis codicillos facere possit, cùm hæredem in his bonis ab intestato habeat, quem onerari posse fideicommisso constat, §. *præterea, inf. de fideicomm. hær.* Sed magis est, ut nec codicillos facere possit, propter regulam juris: *Qui non potest facere testamentum, nec potest codicillis, l. 6 §. pen. de iur. cod. l. 1. §. 2. de legat. 3.* Quem lex ei hæredem dedit, cum omninò omnia bona, quæ post mortem relinqueret, habere voluit, & quasi addixit: tum vi ipsa non multum interest, hæredem sibi quis testamento instituat. An per fideicommissum alicui hereditatem suam restitui jubeat. Planè mortis causa donationem in bonis, de quibus agimus, filio permittendam esse existimarem, & quod aliàs patris consensu potest, *l. tam is 25. §. 1. de mort. ca. don.* id ei hic licere etiam sine consensu patris, *argument. Nov. 117.* & eorum, quæ diximus in exegesi verborum huius pr. *Quamvis parentes eis permiserint. Diff. Anton. Fab. decis. 43. err. 6. & seq.* ubi nec in bonis castrensibus donationem mortis causa filiofam. concessam fuisse contendit, contrà expressum textum in *leg. 7. §. ult. de donat. vid. Div. Guil. Maf. lib. 6. sing. opin. cap. 6. & seq.* ubi ex professo argumenta omnia Fabri diluit.

Licet suæ potestatis decesserit] *L. si filiusfam. 19. hoc tit.* Est autem hoc jus generale, ut si quis tempore testamenti facti non habuerit testamenti factionem, testamentum ab eo factum non valeat, etsi postea testamenti factionem habere cœperit, §. *seq. leg. 4. eod. l. 1. §. exigit 8. de bon. possess. sec. tab.* obtinetque hic etiam regula Catoniana, *l. 1. de reg. Cat. l. quod initio 30. de reg. iur.* Interpretes communiter duos casus excipiunt, quibus filiusfam. rectè etiam de bonis adventitiis testetur, utique consentiente patre; si quid relinquat in pios usus; si liberos suos hæredes faciat: illic voluntatè filii sustineri favore piæ causæ, hic favore liberorum. *Tiraquel. de priv. pia caus. cap. 78. Clar. §. testamentum, quæst. 5. Tulden. hic cap. 11. Iac. Vermey art. test. cap. 4. fac. cap. 4. de sepult. in 6. Christin vol. 4. decis. 4. num. 6.* ubi in casu posteriore nec consensum patris requirit. Moribus
8 harum regionum liberi omnes, qui modò ea ætate sunt, qua testamentum condi potest, de bonis maternis cæterisque adventitiis omnibus rectè testantur, neque consensu patris ad eam rem opus est. *D. Elbert. Leonin. lib. 6. emend. cap. 3. in fin. Perez. Cod. qui test. fac. num 10. Groenewv. de ll. abreg. hic, & ibi laudat.* quod & in Hispania obtinet, *leg. 5. Tauri & ibi Gomez.* atque in Germania quoque receptum, utique si liberi seorsum à patre habitent. *Reusner. part. 2. cap. 23. num. 26. de testam.* De Gallia idem testatur. *Lud. Charond. in memorabil.* In Frisia tamen etiam in hac parte obtinet jus civile. *D. Ioan. à Sande lib. 4. tit. 1. defin. 1.*

TEXTUS.

1. *Præterea testamentum facere non possunt impuberes: quia nullum eorum animi judicium est. Item furiosi; quia mente carent. Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes, aut furiosus postea compos mentis factus fuerit, & decesserit. Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur: certè eo, quod ante furorem fecerint, testamento valente. Nam neque testamentum rectè factum, neque ullum aliud negotium rectè gestum, postea furor interveniens perimit.*

NOTÆ.

1. PRÆTEREA] *l. 5. h. t. l. 19. §. 1. de capt. & post. l.* adde & alios ex *l. 8. 9. 10. & 11. D. h. t.*

NULLUM ANIMI IUDICIUM] Nullum plenum, nullum tale, quale requiras in eo, qui de omnibus facultatibus suis una perpetua dispositione statuere cogitat. Ulp. *tit. 20. §. 11. l. ult. C. de test. mil.*

FURIOSI] *l. 9. C. h. t. l. 5. C. de codic.* Pertinent autem huc & cæteri, qui mente carent, *l. 2. l. 13. in fin. de inoff. test.*

POSTEA PUBES, &c.] Propter regulam, ut jam diximus, Catonianam.

QUO FUROR INTERMISSUS] In judiciis suis, si quas habent, *d. l. 9.* quo tempore & testes rectè adhibentur, *l. 20. §. 4. D. h. t.*

QUOD ANTE FECERINT, VALENTE] Aliud juris est, si testator capire minuatur, §. 4. *inf. quib. mod. test. inf. l. 6. §. 5. & seqq. D. de inoff. test.* nam tunc conditio personæ testatoris ita mutatur, ut omninò testamentum habere nequeat, ac ne hæredem quidem.

ALIUD NEGOTIUM] Adeò ut ne matrimonium quidem furore superveniente solvatur, *l. 8. de his qui sui vel al. jur.*

COMMENTARIUS.

1. *Impuberes nec tutore auctore testamentum facere posse.*

2. Testa-

2. *Testamentum à furioso factum tempore dilucidi intervalli sustineri. Et quid si de eo dubitetur.*
3. *Cur furor postea incidens, &c. testamentum antea factum non vitiet, capitis minutio vitiet.*
4. *Quando locus sit regulæ, Quæ ab initio rectè constituta sunt resolvi cum in eum casum pervenerunt, unde incipere non possunt.*

Qui via nullum eorum animi judicium est] Impuberes intelliguntur, qui nondum annum ætatis decimum quartum compleverunt, id est, qui nondum ad supremum anni decimi quarti diem pervenerunt. In fœminis annus est duodecimus, *l. 5. hoc tit.* Horum ait nullum esse animi iudicium, nimirum nullum plenum ac solidum nullum tale, quale requiras in eo, qui de omnibus facultatibus suis unâ perpetua dispositione statuere cogitat. An igitur non saltem tutore auctore impuberi permittendum testamentum facere, uti potest eo auctore res suas alienare, hæreditatem adire, bonorum possessionem petere, aliaque facere, etsi perfectum animi judicium requirant, ut hic etiam quod impuberis judicio deest, tutoris prudentia suppleatur? Nequaquam. Nam aliarum actionum periculum tutores præstant, & finita tutela eorum rationem pupillis eorúmve hæredibus reddunt; huius verò reddere non possunt. Deinde testamenta non arbitrio alieno, non precaria, sed ipsorum testatorum prudentia fieri debent: ne quid temerè & inconsultò per aliorum molimina in præjudicium familiarum & agnationis statuatur, & alieni potiùs quàm cognati, cognati remotiores potius quàm proximi, hæreditatem consequantur. Quin tutores, si hanc potestatem iis permittimus, semper operam dabunt, ut non alii, quàm à quibus lucrum sperant, hæredes instituantur. Puberes autem testamenti factionem habere placuit statim à decimo quarto aut duodecimo anno completo, nec curatoris in eo consensum intervenire, *d. l. 5. hoc tit. l. Aurelio 20. §. 1. de lib. leg.* 1

Item furiosi] Furiosi quid à mente captis differant, docui *sup. tit. de curat. §. sed & 7.* nimirum furiosum quidem omnem & mente captum esse sive dementem; at contra non omnem mente captum esse & furiosum, cumque mente captus à furioso distinguitur, ut plerumque fit, eum intelligi; qui cùm sana mente non sit, in quiete est, nec ut furiosi solent, agitatur & fertur præceps. Cæterùm nihil refert in ullo actu aut negotio, demens quis sit simpliciter, an ad dementiam accedat & furor: constatque, quamvis furiosi tantùm hic mentio fiat, ad omnes, qui mente carent, hæc pertinere, *l. 2. l. Titia 13. in fin. de inoff. test.*

Quo furor intermissus est] Furiosus per id tempus, quo furor intermissus est, testamentum iure facere potest, *l. 9. C. hoc tit.* quemadmodũ & testis tempore intermissionis rectè adhibetur, *l. qui testamento 20. §. 4. hoc tit.* Cæterùm ut valeat testamentum, necesse est, ut id uno eodemque tempore remissionis perficiat: nam si cœpto testamento & nondum perfectò furor eum iterum invaserit, nihil actum est, etiamsi postea remisso denuo furore id, quod cœpit, perficiat, *d. l. 9.* Quid si proferatur testamentum conditum à furioso, quem certum est habuisse dilucida intervalla, incertum autem sit, quo tempore id fecerit? Et siquidem id ita ordinatum fuerit, ut quivis paterfam. sanæ mentis sic dispositurus fuisse judicetur, pro testamento respondendum & credendum intervalli tempore factum D. Viglius censet: cui assentior. Pertinet huc quod Val. Maximus *lib. 7. cap. 8.* refert de Tuditani hominis certæ ac notæ insaniæ testamento; quod à centum viris confirmatum ait, *magis quid scriptum esset in tabulis, quàm quis scripsisset, considerandum existimantibus, add. Boer. decis. 23. num. 81. Mynsing. 4. obs. cent. 2. Mantic. de conj. ult. vol. li. 2. c. 2. n. 7. Christin. vol. 4. decis. 4. n. 8. Diod. Tulden. comm. hic, t. 3. Gross. 5. testamentum quæst. 21.* 2

Eo, quod ante feceri t, tistamento valente] *d. l. qui testamento 20. §. 4. hoc tit.* Similiter nec interdictio bonorum succedens, nec auditus sermonisve amissio testamentum ante factum vitiant, *§§ seqq. l. 6. §. 1. l. cui 18. eod.* Palam igitur est, his casibus unum tantùm tempus inspici testamenti facti, ac sufficere eo tempore testatorem habuisse testamenti factionem, etsi tempore mortis non habuerit. Proinde cùm Jurisconsultus in *l. 1. §. exigit. 8. de bon. poss. sec. tab.* ait, prætorem exigere, ut is, ex cuius testamento bonorum possessio petitur, utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, & cùm faceret testamentum & cùm moreretur, intelligere debemus, eum non hoc velle, bonorum possessionem ex testamento non dari, si testator tantùm tempore testamenti facti jus testandi habuerit, sed non dari si habuerit tantùm tempore mortis, non etiam tempore conditi testamenti, ut exempla illic proposita ostendunt. Sic autem jus est in mutatione, quæ salvo statu & fortunis testatoris contingit, cuiusmodi sunt superiora. Quod si qua mutatio postea incideri t, per quam capite testator minuatur, puta si servus fiat, in insulam deportetur, si se adrogandum det, testamentum infirmatur atque irritum fit, *§. 4. inf. quib. mod. test. inf. leg. 6. §. irritum 5. & seqq. de iniust. rupt. test.* & ratio manifesta est. Quippe his modis non tantùm amittitur testamenti factio, sed etiam conditio personæ testatoris sic mutatur, ut omninò testamentum habere non 3

possit;

possit, ac ne hæredem quidem. Furiosus verò & prodigus & si testamentum facere non possunt, nihil tamen prohibet, quo minùs hæredem ex testamento anteà facto habeant, & præcedens eorum voluntas exitum sortiatur.

Neque aliud negotium rectè gestum] De matrimonio idem traditur, *l.* 8. *de his qui sui vel al. jur.* In cæteris quoque negotiis quin idem juris sit, dubitandum non est, sive rem suam ante furorem alienaverint, de quo nemo ambigit; quoniam negotia perfecta & penitus consummata nullo eventu infirmari possunt: sive stipulanti aliquid promiserint, aut aliàs se obligaverint, licet hic aliquid desit ad consummationem negotii: sed hoc à cu-
4 ratore expediri potest. Neque enim in omnibus probata est sententia eorum, qui ea, quæ ab initio rectè atque utiliter constituta sunt, resolvi putaverunt, cum in eùm casum incidissent, à quo incipere non poterant, *l. existimo 98. l pen. de verb. obl. l. in ambiguis* 85. §. 1. *de reg. jur.* §. *ex contrario* 14. *inf. de legat.* sed tunc tantùm cum casus incidens impedit, quo minus, quod cœptum est, perfici atque ad finem suum perduci queat, ut evenit incidente capitis deminutione testatoris. Qua de re fortassis plusçula ad *d.* §. *ex contrario.*

TEXTUS.

2. *Item prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest: sed id, quod ante fecerit, quàm interdictio bonorum suorum ei fiat, ratum est.*

NOTÆ.

2. BONORUM ADMINISTRATIO INTERDICTA] *l.* 1. *h. t.* Puberum minorum 25. annis non eadem ratio, quamvis curatores sibi acceperint: neque enim his interdicta bonorum administratio, ut malè Don. ad *l. 6. de verb. obl. n.* 9.

COMMENTARIUS.

QUi bona sua profundunt, nec modum nec finem impensarum habentes, propè à furiosis absunt. Planè enim, quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum, ut inquit Jurisconsultus, *l. his qui* 12. *in fin de tut. dat. ab his*, quam ob causam placuit huiusmodi hominibus bonorum administratione interdici; qua interdictione & testamenti factio ipsis adempta intelligitur; quippe qui non saniore judicio, quid de rebus suis post mortem fieri velint statuturi creduntur, quàm eas tractarent, si libera earum administratio ipsis permitteretur, *l. is cui* 18. *hoc tit.* Puberum minorum 25. annis non eadem ratio est: neque enim his bonorum administratio interdicta est, ut malè Don. ad *l. 6. de verb. obl. n.* 9. sed si velint, curatores accipiunt; quibus quidem tum administratio permittitur, nec jam amplius ipsis minoribus: sed in hunc maximè finem, ne minores in contrahendo circumveniantur; quod in testamento non metuitur.

Quod ante fecerit] *d. l. is cui.* Testamentum enim, quod interdictione vetustius est, eadem ratione valere debet; qua quod factum est ante furorem, Imperator Leo *Nov.* 39. prodigo permittit τὰ συμφέροντα διοικεῖν, ea facere, quæ ipsi conducunt; & ratum quoque testamentum eius esse iubet, in quo mores prodigi non apparent. Quod Viglio videtur naturalem æquitatem habere. Fortè id admittendum fuerit, si quædam non levia argumenta saniorum morum præcesserint. Per *l. 1. de cur. fur.* Vid. Sande *lib. 4. tit. 1. def. fin. 3. Groenevv. de ll. abr. hic.* Hic autem locus confirmat, quod supra §. *furiosi* 3. *de curat.* asseruimus, prodigum, quod attinet rerum administrationem & effecta juris civilis, non statim censeri eum, qui ipso facto prodigus est, sed tunc demum, cum ei bonorum administratio interdicta est: interdici autem non ipso jure, sed causa cognita decreto magistratus.

TEXTUS.

3. *Item surdus & mutus non semper testamentum facere possunt. Utiq; autem de eo surdo loquimur, qui omninò non exaudit, non qui tardè exaudit. Nam & mutus is intelligitur, qui eloqui nihil potest, non qui tardè loquitur. Sæpè enim etiam literati homines variis casibus & audiendi & loquendi facultatem amittunt. Unde nostra constitutio etiam his subvenit, ut certis casibus & modis, secundùm normam ejus possint testari, aliaq; facere, quæ eis permissa sunt. Sed si quis post testamentum factum, adversa valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse cœperit, ratum nihilominus manet ejus testamentum.*

NOTÆ.

3. NON SEMPER] Olim non poterant, nisi à Principe impetrassent, ut sibi testari liceret, *l. 7. h. t.*

Ministerio de Cultura 2024

h.t. iunct. *l.9.* §. 1. *unde cogn.* Paul. 3. *sent.* 4. Hodie & sine eo, dummodo voluntatem suam declarare queant aut scripto, aut si surdi tantùm, etiam lingua. Quorum neutrum cadit in eum, qui natura simul & mutus & surdus est, *l.* 10. *C. h.t.*

QUI TARDE EXAUDIT] Hic non surdus dicitur, sed surdaster, ἀπήκωφος, subsurdus.

NON QUI TARDE LOQUITUR] Non μογιλάλος sed ἄλαλος, non artubus aut balbus qui graviter loquitur, sed elinguis, fandi impos. Quorum numero & illi, habendi, qui ἀσήμως loquuntur seu ἀναρθρῳ φωνῇ, ut ICti in *l.9. de adil. ed. l.7. in fin. de sup. leg.*

NOSTRA CONSTITUTIO] *l. di cretis* 10. *C. h.t.* in qua illud notatur, quod Justinianus credidit, eum qui surdus natus sit loqui posse. Fieri enim non potest, quin surdus natus, idem sit & mutus. Plin. *lib.* 10. *cap.* 69. Alex. Aphrodis. *problem.* 1. 138.

COMMENTARIUS.

OLim etsi quis mutus tantùm erat, aut surdus, testamenti faciendi jus non habebat, nisi specialiter à Principe impetravisset, ut sibi testari liceret, *l.7 hoc tit. iunct. l. pen.* §. 1. *unde cogn.* cuius juris ratio significatur à Paulo *lib.* 3. *sent.* 4. quia neque mutus testes rogare potest, neque surdus audire testimonium perhibentes. Unde cùm nemo quicquam à Principe impetrare possit nisi qui ei preces suas aut voce aut scripto potest exponere, sequitur, eos mutos, qui scribere nesciebant, omninò testari non potuisse. Justinianus, quod singulare & personale jus erat, jus commune fecit, & generaliter surdis omnibus vel mutis testamentum facere permisit, (cum aliquo tamen temperamento) ut jam amplius necesse non sit singulos id precibus impetrare, *l. discretis* 10. *Cod. hoc tit.* Sic verò ille constituit, ut si qui mutus & surdus simul sit; siquidem natura, is omninò testamentum facere non possit; sin casu, ut possit; si modò ante literas didicerit, ut scripto voluntatem supremam exprimere queat. At si quis tantùm mutus sit, aut surdus tantùm, sive tales sint natura, sive morbo, his jure testari liceat eo modo, quo per rerum naturam voluntatem suam declarare possunt aut scripto aut lingua. Quod ne muto quidem tantùm, qui literas nescit, testamenti factio hac constitutione permittitur, confirmat id, quod modò dicebamus, eum, qui talis sit, nec à Principe testandi licentiam obtinere posse. Illud in eadem constitutione absurdi est, quod Justinianus credidit, eum, qui surdus natus est, loqui posse & articulatam vocem edere, cùm nihil tam certum sit, quàm ei, cui auditus à natura negatus est, & sermonis usum ablatum; nec esse naturaliter surdos, qui non iidem sint & muti. Quod etiam Plinius testatur *lib.* 10. *c.* 69. *Alex. Aphrodis. problem.* 1. 138.

Qui omnino non exaudit, &c.] Hæc plana sunt. Notum enim est, eum, qui tardè aut difficulter exaudit, non surdum, sed surdastrum dici, ἀπόκωφον, subsurdum: & eos, qui graviter aut ἀσαφῶς loquuntur, non mutos, sed blæsos, balbos, μογιλάλους, appellari; mutos autem dici elingues & fandi impotes, ἀλάλους. Planè muti etiam illi habendi sunt, qui ἀσήμως loquuntur, hoc est, sine ulla certa significatione vocis, ἀναρθρῳ φωνῇ; *leg mutum 9. de adil. edict. leg. 7. in fin de supell. leg.*

Sed si quis post testamentum factum, &c.] Ob eandem rationem, ob quam placere diximus testamentum furiosi aut prodigi, quod furore aut interdictione bonorum vetustius est, non infirmari.

TEXTUS.

4. *Cæcus autem non potest facere testamentum, nisi per observationem, quam lex Divi Justini patris nostri introduxit.*

NOTÆ.

4. LEX D. JUSTINI] *l.8. C. h.t.* qua cautum, ut cæcus hæredem nuncupaturus præter septem testes adhibeat & tabularium, qui voluntatem nuncupantis scriptura excipiat, aut si tabularij copia non sit, octavum testem, omnesque subscribant & signent.

COMMENTARIUS.

IN cæco nihil est, ob quod testamentum facere prohibeatur: nàm & testes accire ac rogare potest, & audire sibi testimonium perhibentes. Quapropter & olim testamentum facere potuit. *Paul.* 3. *sent* 4. & nunc quoque potest. Cæterùm forma nunc accuratior præscripta, & quædam singularia in testamentum cæci, ut fraus omnis, cuius hic maior metus evitetur, constituta sunt lege illa Justini, quæ hic commemoratur, & extat *leg. hac consultissima* 8. *& Cod. hoc tit.* Sententia legis est, ut cæcus hæredem nuncupaturus (ineptum putavi monere cæcum non aliter numerum testium ordinarium adhibeat & tabularium, aut si tabularij copia non sit, alium octavum testem qui voluntatem nuncupantis scriptura excipiat, cui deinde testes omnes &

tabularius subscribant, eamque obsignent, uti fit in testamentis scriptis: aut si prius testamentum suum scripto comprehendi curavit, ut tabularius coram testibus eam Scripturam palam legat, eaque lecta cæcus testetur hanc suam voluntatem esse: deinde omnes subscribant & signent. Ubi hæc singularia notanda. 1. quod non sufficit voluntatis nuncupatio; nisi & scriptura accedat. 2. adhibitio octavi testis, qui testamentum scribat, aut anteà scriptum recitet. 3. quod is testis debeat esse tabularius publicus, si eius copia est. 4. omnium subscriptio & subsignatio.

TEXTUS.

5. Ejus, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit. Sed quod, dum in civitate fuerat, fecit, sive redierit, valet jure postliminij; sine illic decesserit, valet ex lege Cornelia.

NOTÆ.

5. QUAMVIS REDIERIT] l. 8 *h. t.* nam postliminio non vitiatur Catonis regula. Codicilli autem scripti in captivitate ab eo, qui in civitate testamentum fecerat, eo reverso convalescunt, quia principium eorum jam in civitate constitutum erat, nempe testamentum, quo confirmati sunt, *leg.* 12. §. 5. *de capt. & postl.* simile est in *l.* 25. *cod.*

EX LEGE CORNELIA] Postliminij & legis Corneliæ fictio in omnibus partibus juris servatur, passim *D. & C. eod. v.* § 5. *sup. quib. mod. jus patr. pot.*

COMMENTARIUS.

1. *Etsi testamentum apud hostes factum iure postliminij non convalescat, codicillos tamen ibi factos convalescere.*
2. *Hoste in orbe Christiano hujus §. usum non esse, præterquam secundùm quosdam, si qui à Turcis, &c. capti fuerint.*

QUI apud hostes est] *l.* 8. *hoc tit.* Ratio manifesta est, quia captus jure belli servus fit hostium; ut autem testamentum consistat, necesse est testatorem jus testandi habere, cùm testamentum facit; nec postliminio vitiatur regula Catoniana. Sed nec obsides, nisi eis permittatur, testamentum facere possunt, quia velut pignoris jure tenentur, & fiscus eorum bona occupat, *l.* 11. *hoc tit. l. Divus* 31 *de jur. fisc.* Qui autem à prædonibus capiuntur, quia liberi manent, *l.* 19. §. 2. *de capt. & postlim.* testamenti factionem retinent, ut & illi, qui apud externos legatione funguntur, *l.* 13. *in pr. & §.* 1. *hoc tit. & lib. Cuiac. add. Graff. §. testamentum quæst.* 25. *v. 2 q.* 3. *contr.* 103. *num.* 1.

Sed quod dum in civitate, &c.] Testamentum ante captivitatem rectè factum, etsi re ipsa irritum fit captivitate, fictione tamen juris sustinetur. Est autem duplex in hac re fictio; postliminii, & legis Corneliæ, *l.* 6. § *pen. de inust. rupt. test.* illa si captus redierit, locum habet; hæc si in captivitate decesserit. Illa fingit retrò in civitate testatorem fuisse: hæc retrò in civitate decessisse. Imperatores in *l.* 9. *C. de postlim. rev.* inconsideratè tribuunt legi Corneliæ, quod est juris postliminii. Quærat autem aliquis, cui cum postliminio reversus fingatur semper in civitate fuisse, & ita habeatur, ac si medio tempore nulla captivitas intercessisset, non convalescat postliminio testamentum, quod quis tempore captivitatis fecit? Resp. quia quod non est ante captivitatem id nec postliminium habere potest. Non obstat, quod codicilli in captivitate scripti ab eo, qui in civitate testamentum fecerat, eo reverso jure postliminii convalescant: nam eorum principium & firmamentum jam in civitate constitutum est; nimirum ipsum testamentum, quo confirmati sunt, *l. in bello* 12. § *codicilli* 5. *de capt. & postl.* Eadem ratione placuit, si uxor cum marito capta fuerit, eaque in captivitate ex marito enixa sit, etiam liberos ibi natos jus postliminii habere, & reversos cum parentibus iustos liberos esse, *l. Divi* 25. *d. tit.* nimirum quia nati sunt ex matrimonio in civitate legitimè contracto. Illud nullius momenti est, quod Aretinus movet, esse regulam, *media tempora non nocere, l.* 6. §. 2. *l. si alienum* 49. §. 1. *de her. inst.* §. *in extraneis* 4. *inst. de her. qual.* ac proinde videri supervacuam fictionem juris postliminii ad testamenta conservanda. Quippe illa definitio ad hæredem pertinet, non ad testatorem, cuius testamentum amissa civitate stare non potest. Fallitur autem Aretinus, dum respondet, procedere regulam, si medio tempore status testatoris mutatus non fuerit. Error hic perspicuus est, *d. l.* 6. §. 2. & statu non mutato, quæ, rogo, potest esse dubitandi ratio? Porrò non in hanc tantum partem juris, sed etiam in cæteris omnibus & postliminii & legis Corneliæ fictio servatur, *l.* 5. §. 1. *d. l. in bello* 12. §. 1. *l.* 16. *l. in omnibus* 18. *& passim. de capt. & postlim. & Cod. tod.* §. 6. *ab hostibus. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.* Postliminio æquiparatur restitutio capite damnati, *leg.* 6. §. *pen. de inust. rupt. test.*

Et

Ex lege Cornelia] *L. lege Cornelia 12. hoc tit.* Hæc lex mortis & captivitatis tempora coniungit. Id est, fingit, eum, qui apud hostes decessit, eo tempore, quo captus est, decessisse, civem & familiam habentem. Quo tempore, aut quo auctore lata sit, non liquet. Quod D. Viglius putat, latam esse primo bello Punico ab aliquo ex familia Scipionum, coniectura est, nec satis probabilis. Hodie in orbe Christiano nullus huius §. usus est, nisi in iis, qui à Turcis aut id genus aliis Barbaris capti sunt. Nam cùm, quod olim tantùm obtinebat in bellis civilibus, *leg si quis 21. §. 1. de capt. & postlim.* nunc inter Christianos consuetudine generali invaluerit, ut bello capti servi hostium non fiant, sed liberi & cives maneant, ac jus sit pretio eos redimere, poterunt etiam dum apud hostes sunt testari, *arg. l. 13. hoc tit. Alc. ad l. hostes 118. de verb. sign. Duar. ad tit. qui test. fac. pag. 318. Graff. de quæst. 25. Zypæus not. iur. Belg. de testam. Sande lib. 4. tit. 1. defin. 2.* Nonnulli idem juris habere etiam à Turcis captos existimant, *Covar. c. peccatum p. 2. §. 11. n. 6. Cytrian. cens. Belg. Groenevv. de ll. abrog. hic.* Illud etiamnum observatur, quod transfuga jus testandi non habeat, quoniam jura civium amittit; & hostium numero habetur, *leg. postliminium 19. §. transfuga 4. de capt. & postlim. Iac. Vermey art. test. cap. 4. Sande ubi sup.*

TITULUS XIII.

De Exhæredatione liberorum.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

HACTENUS de personis, quibus jure publico potestas testamenti faciendi data aut denegata est; item de modo testandi, sive externis testamenti solennitatibus, comparatis ad firmandum testationis fidem. Sequitur tertium, res, quas in ipso testamento inseri & caveri oportet, ut justum ratumq; habeatur; quam intrinsecam testamenti solemnitatem appellare possumus. Estque duplex, una communis omnium testatorum, hæredis scilicet institutio; altera quorundam duntaxat propria, & maximè parentum, qui liberos in potestate habent videlicet eorũ liberorum exhæredatio, si ipsi hæredes non instituantur: de quo idcirco etiam inter cætera, quæ ad ordinanda testamenta necessariò desiderantur, præcipiendum fuit, *l. inter cætera 30. hoc tit. de lib. & posth. hær. inst. vel exhær.* Existimaverat aliquando Hotomannus inscriptionem huius tituli corrigendam esse, legendumque, *De institutione vel exhæredatione liberorum.* Quod & Wesembecius tacitè secutus est. Verum posteà idem Hotomannus ab hac sua sententia recessit. Mihi quidem nulla mutatio necessaria videtur. Cæterùm si secundùm priorem sententiam Hotomanni inscriptio concipiatur, non eo minùs proba erit, quod ostendit ἐπιγραφὴ eiusdem argumenti in π'. *d. l. inter cætera.* In præcepto quoq: legis disiunctio est: *Pater filium, quem in potestate habet, aut hæredem instituto, aut nominatim exhæredato.* Exhæredare est eum, qui alioqui hæres futurus erat, ab hæreditate repellere. Et de solis suis hæredibus propriè dicitur, qui nisi removerentur, ipso jure hæredes existerent, & vivo adhuc patre quodammodo domini existimantur, *l. in suis. hoc tit.* de extraneis per abusionem. Jure civili antiquo non erat in omnibus liberis, etiam iis, qui in potestate erant & sui hæredes, exhæredatio æquè necessaria, nec omissæ idem semper effectus: ritu quoque variabat pro sexu, pro gradu, prout nati jam liberi, aut nondum nati essent tempore facti testamenti: quæ omnia diligenter hic Imperator exequitur, deinde subiicit, quod ipse novi juris constituerit. Ad extremum agit de præteritione, quæ vim exhæredationis habet. Continet autem hic titulus principia magnarum & difficillimarum quæstionum juris, qua veteris, qua novi, eoque diligentem atque accuratam desiderat partium omnium interpretationem.

TEXTUS.

Non tamen, ut omninò valeat testamentum, sufficit hæc observatio, quam supra exposuimus: sed qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum hæredem instituat, vel exhæredem eum nominatim faciat. Alioqui si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur: adeò quidem, ut si vivo patre filius mortuus sit, nemo hæres ex eo testamento existere possit: quia scilicet ab initio non constiterit testamentum. Sed non ita de filiabus, & aliis per virilem sexum descendentibus liberis utriusque sexus antiquitati fuerat observatum: sed si non fuerant scripti hæredes scriptæve, vel exhæredati exhæredatæve, testamentum quidem non infirmabatur, jus tamen accrescendi eis ad certam portionem præstabatur. Sed nec nominatim eas personas exhæredare parentibus necesse erat, sed licebat inter cæteros hoc facere.

Nominatim autem quis exhæredari videtur, sive ita exhæredetur, Titius filius meus exhæres esto: *sive ita*; Filius meus exhæres esto, *non adjecto proprio nomine, scilicet, si alius filius non extet.*

NOTÆ.

DE EXHÆREDATIONE] Exhæredatio est hereditatis lege datæ ademptio: unde solis de suis heredibus propriè dicitur, de aliis per abusionem. Aliis hæreditas defertur tantùm, suis etiam datur, §. 2. *inf. de har. qual.*

NON SUFFICIT HÆC OBSERVATIO] In modo sc. testandi & solemnitatibus comparatis ad firmandam testationis fidem, de quo *sup. tit.* 10.

VEL EXHÆREDEM FACIAT] De quo idcirco etiam inter cætera, quæ ad ordinanda testamenta pertinent, præcipiendum fuit, *l.* 30. *h.t. de lib. & post.*

INUTILITER TESTABITUR] *d. l.* 30. Plane si filius patri superstes bonis paternis se abstineat, voluntas ex bono & æquo sustinebitur *l.* 17. *de iniust. rupt.*

PRÆTERIERIT] Id est, nec hæredem instituerit, nec exhæredaverit. §. 12. *inf. de har quæ ab int.* Cic 1. *de orat. Quem pater neque hæredem, neque exhæredem scripsit nominatim.* Porrò & non ritè facta exhæredatio pro præteritione habetur, *l.* 8. §. 2. *cont. tab.*

VIVO PATRE MORTUUS] *l.* 7. *h. t.* propter regulam Catonianam, *l.* 1. *de reg. Cat. l.* 29 *l. pen. de reg. iur.*

NON ITA DE FILIABUS, &c. Diversi juris rationem indicat Ulp. *l.* 8. §. 1. *de iniust. rupt.*

JUS ACCRESCENDI] Ut quasi & ipsi scripti scripræve essent, numerum hæredum augerent.

AD CERTAM PORTIONEM] Suis heredibus institutis ad virilem; extraneis, ad partem dimidiam. Ulp *tit.* 20. §. 14. Gaius 2 *tit.* 3. §. 1. Paul 3 *sent.* 4.

NOMINATIM AUTEM] *v. l.* 1. *l.* 2. *& l.* 3. *D. h. t.*

SI ALIUS FILIUS NON EXTET] Nam si plures sint, nullus censebitur exhæredatus, ex benigna interpretatione, *d. l.* 2.

COMMENTARIUS.

1. *Filio, qui in potestate est, præterito, testamentum iure civili prorsus inutile & nullius momenti esse: ac quatuor consectaria inde deducta.*
2. *Filia & neporibus ex filio præteritis jure antiquo testamentum subsistisse, dato his iure accrescendi scriptis hæredibus.*
3. *Ad quam portionem hæ personæ præteritæ scriptis hæredibus accrescerint.*
4. *An eas præteritas ad bonorum possessionem contra tabulas prætor admiserit.*
5. *Filiam & nepotes ex filio exhæredatos, licet non nominatim neque à prætore ad contra tab. possessionem vocatos; modo cætera leges exhæredationis observata fuissent.*
6. *An testamentum, in quo filius præteritus est, prorsus inutile sit & iure prætorio.*
7. *Filio præterito se abstinente prætorem habere rationem testamenti, etiam cùm extranei instituti sunt.*

REfertur hic differentia, quæ in re proposita olim observabatur in sexu & gradu liberorum jam natorum. Meliore cæteris jure erat filius in potestate constitutus: siquidem hic solus à patre necessariò aut hæres instituendus aut exhæredandus erat, ut testamentum subsisteret, quod alioquin jure civili prorsus inutile erat & nullius momenti, *l. inter cætera* 30. *hoc tit. l. filio.* 17. *de iniust. rupt. test & hoc text.* Huic autem juri consequens est, primum, quod etiam hic expressit Justinianus, ex tali testamento hæredem non posse existere, etiamsi filius præteritus vivo adhuc patre decesserit, propter regulam Catonianam, quæ sic definit; *Quæ institutio inutilis foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, ea non debet ideò valere, quia ciuitus vix. rit. l. 1. de reg. Cat. l. pen. de reg. iur. §. an servo* 32. *inf. de legat* & generaliter quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere, *l. quod initio* 29. *de reg. iur.* §. 2. *inf. de inut stip.* 2. Per huiusmodi testamentum non rumpi id, quod antea à patre legitimè factum est, *l.* 7. *hoc tit.* §. 2. *& pen. inf. quib mod. test. inf.* 3. Non sustineri hoc testamentum ob id, quod pater filio legatum, quantumvis amplum, reliquerit: nam utrum filius præteritus sit, nec ne, non ex legati datione, sed ex institutione aut exhæredatione æstimatur, præteritique omnes in hac materia habentur, qui neque hæredes instituti, neque ut oportet, exhæredati sunt, §. *eadem 12. inf. de har. ab int.* 4. Quod etiamsi filius vel ante testamentum vel in ipso testamento præteritioni consenserit, nihilo tamen magis subsistere possit. Verum enim non est, quod Clar. §. *testamentum, q.* 43. *n.* 3. existimat, jus hoc ob solum favorem filii constitutum esse, cui ille renuntiare possit. Imò forma paterni testamenti jure publico præscripta id modis omnibus exigebat: quod jus privatorum consensu mutari non potest, *l.* 3. *hoc tit junct. l. ius publicum* 38. *de pact. cum simil.* vid. tamen Ant. Fabr. *C. suo de lib. prat. defin.* 6. *Christin. vol.* 4. *decis.* 19. *n.* 4.

Exhæredem

Exhæredem eum nominatim faciat] Nō quęvis exhęredatio summovebat liberos ab hæreditate patris, sed quæ ritè facta esset; non ritè exhæredati pro pręteritis habebantur, *l. 8. §. 2. cont. tab.* In ritu autem discrimen nec faciebat sexus aut gradus, nisi quod hoc propriè in filio observandum erat, ut nominatim exhæredaretur, quod in reliquis non erat necessarium, ut statim audiemus, Cicero *lib. 1. de Orat quem pater neque hæredem, neque exhæredem scripsit nominatim.*

Sed non ita in filiabus & alijs per virilem sexum descendentibus] Non uti olim filio, ita & filia, aut nepote neptéve ex filio (ex filia nati huc non pertinēt, *§. ult. inf. eod.*) prætéritis testamentum inutile erat: sed firmo manente testamento jus accrescendi ad certā portionem his dabatur, ut, quasi & ipsi scripti scripteve essent, numerum hæredum augerent. *l. ult. C. hoc tit. Vip. tit. 22. §. 12. 55. & 16.* Accrescebant autē hæ personæ hæredibus scriptis cum damno, hoc est, portionem hæreditatis accrescendo iis auferebant; ut longè diversum hoc jus fuerit ab eo jure accrescendi, quo res accrescunt; quod fit cùm emolumento, cùm scilicet non petentiū partes accrescunt petentibus, seu portio omissa portioni agnitæ: de quo; volente Deo tractabimus *§. si eadem inf. de leg.* Ad quam partem hæredibus instituris accreverint, docet Ulp. *d. tit. 23 §. ex suis 14. Scriptu*, inquit, *hæredibus accrescunt, suis quidem hæredibus in partem virilem, extraneis in partem dimidiam*, atque ita quoque Gajus *lib. 2. tit 3. §. 1. & Theop. hic.* Et notandum est, ita jus fuisse nō tantum, cùm soli aut sui aut extranei scripti essent; sed etiam cùm permixtim. Finge, extraneum unà cum filio æquis partibus hæredem institutū; hic filia, si prætérita erat, singulis accrescebat ad virilem. Quod si plures extranei pluresq; sui scripti fuerant, extraneis accrescebat ad dimidiam, suis ad virilem. Item si duo filii, unus extraneus, huic ad semissem, illis ad trientem: atque ita ex accidente eveniebat, ut plus consequeretur filia prætérita, quàm filius aut filii instituti: quod apertè ostendit locus Pauli 3. *sent* 4. ubi ita scribit; *Filio & extraneo æquis partibus hæredibus institutis si prætérita accrescat, tantum suo avocabit, quantum extraneo. Si verò duo sint filij instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam tollit.* Cum igitur filiabus & nepotibus ex filio prætéritis hoc remedio consultum fuerit jure civili, quæritur an etiam eo omisso bonorum possessionem contra tabulas petentes admiserit prætor. Et D. Bachovius putat, magis esse, ut prætor eos excluserit: quod perspicuè falsum est. Etenim prætorem nihil aliud considerasse legimus, quàm an liberi prætériti essent, an exhæredati, summotisque exhæredatis prætéritos omnes, insuper habito discrimine sexus & gradus, admisisse, *l. 1. in pr. & §. 1. de bon. poss. cont. tab. iunct. l. 2. sec. tab.* quod & Justinianus significat, *§. sed hæc 5. inf. eod.* cùm ait, prætores in dandis bonorum possessionibus jus successionis ab intestato, quod liberi omnes sine discrimine sexus aut gradus ex lege duodecim tabularum habent, secutos. Sed quid argumentis opus est? Textus est apertus in *l. ult. circa pr. C. hoc tit.* verba sunt, *Exprætore autem habebat* (filia prætérita) *contra tabulas bonorum possessionem in totum*, & iterum paulo pòst; *Cùm enim per contra tabulas bonorum possessionem, vel ius accrescendi, semissem substantiæ filia pro certa accipiebat*, &c. Ait autem nunc *semissem*, quia ante dixerat, constitutione Antonini beneficium prætoris coarctatum fuisse ad quantitatem portionis, quam jure civili filiæ prætéritæ accipiebant, scriptis hæredibus accrescentes. At cur filius prætéritus testamentum valere non patiebatur, filia & nati ex filio non rumpebant: Differentiæ rationem subobscurè indicat Ulp. *l. 8. §. 1. de iniust. rupt. test. filia vel nepos*, inquit, *quia cùm emancipantur una emancipatione exeunt de potestate, testamentum non rumpunt.* Quorum verborum hic sensus est, mirandum nō esse, si jus civile facilius prætériti filiam nepotémve ex filio patiatur, quàm filium: quippe filium arctiore necessitudine eo jure constringi cum patre, quàm filiam aut nepotem cum patre aut avo, id ex eo constare, quod ille tribus demum mancipationibus & manumissionibus, hi una de potestate exeunt: videsis, quæ notavimus *ad §. præterea 6. sup. quib. mod. ius pat. pot. solv.*

Licebat inter cæteros hoc facere] Græci ἀοριστως, hoc sc. modo: *Titius filius meus hæres esto? cæteri exhæredes sunto.* Gregor. Naz. in suo testamento: οἱ δ' λοιποὶ πάντες ἔστωσαν ἀπολελογημένοι. Effectus hic erat, ut ita exhæredati exhæredaræve scriptis hæredibus non accrescerent, quod prætéritis tribuebatur, nec à prætore ad contra tabulas bonorum possessionem vocarentur, *l. 8. cont. tab. in pr.* Tantùm supererat, ut testamentum inofficiosum dicerent, si nec quartam debitæ portionis accepissent, *l. 8. §. quoniam 8. de inoff. test. l. ult. C. hoc tit.* Cæteras leges exhæredationis, ut purè fiat, *l. 3. §. 1. eod. iunct. l. si iub. 18. cont. tab.* ut simpliciter, non ex re certa, *l. cum quidam 19 hoc tit.* ut ab omnibus gradibus, *d. l. 3. §. 2. & seq. eod. vid. D. Perez. in C. hoc tit. n. 9 & 10.* etiam in filiabus & natis ex filio locum habuisse existimo, iisq; neglectis non ritè exhæredationem factam & pro prætéritione habitam fuisse. Illud constat non eo minus exhæredationem ritè factam ex ratione juris veteris intelligi, & testamentum subsistere, quod causa exhæredationis testamento expressa non est, cuiuscumque generis sint liberi exhæredati:

dari: ac proinde etiam prætoris beneficium hic cessare solamque relinqui exhæreditatis querelam inofficiosi. An verò id à Justiniano mutatum sit *Nov.* 115. *c.* 3 alibi disputabimus.

Si alius filius non exter] Nam si plures sint filii, benigna interpretatione potius à plerisque respondetur, nullum exhæredatum esse, *l.* 1. *hoc tit.* Demonstratio autem ac definitio sufficit, quamvis nomen taceatur, aut etiam filium dicere pater peperceriti veluti si ex Seja natum dixerit, alitérve eum descripserit, vel cùm convitio, *l.* 3. *pr. eod.* Nam sermo omnis, ut in universum dicam, quo dilucidè designatur persona, de qua quis loquitur, exhæredationem nominatim facit, *arg. l. nominatim* 34. *de cond. & dem.* Summa igitur discriminis, quod inter liberos jam natos fuit, hæc est; quod præteritio filii testamentum infirmabat, quod non nominatim exhæredatus pro præterito habebatur: ac cæteri præteriti manente testamento scriptis hæredibus accrescebant, & quamvis non nominatim exhæredati, tamen si cætera observata essent, pro ritè exhæredatis habebantur. 6 Nondum me hinc abire sinunt interpretes. Illud prius investigandum est, an ut testamentum, in quo filius est præteritus, nullum est jure civili, ita quoq; vim nullam habeat jure prætorio. Et video, maximam partem censere tale testamentum neutro jure subsistere, atque in totum tam jure prætorio, quàm civili improbari, *Cyn. Bald. Castr. in l.* 2. *C. de bon. poss. cont. tab. Clar §. testamentum quæst.* 43. *n.* 1 *Gomez* 1. *var. resc.* 21. *n.* 1. quàm sententiam prolixè tuetur. *Ant. Fab.* 9. *coni.* 14. *& decad.* 37. *err.* 5. *&* 6. Argumentum eorum præcipuũ est, quod in casu proposito etiam prætorio jure succedatur ab intestato, hoc est, filio præterito detur bonorum possessio unde liberi, *l. ult. hoc tit. l.* 1. *§ ult. si tab. test. null. ext.* quasi nec prætor hic ullas tabulas agnoscat. Sed verior est sententia. *Gloss. in d. l.* 2. *C. cont. tab.* quam *& Bart. ibid.* probat; item *D. Vigl. hic Govean.* 1. *var. lect.* 5. *Vasq.* 3. *controv. illust* 100. *& lib.* 2. *de succ. creat §.* 28. *n.* 138. *& seqq.* tale testamentum jure prætorio nullum non esse. Rationes hæ sunt. 1. Quoniam filius præteritus rectè petit bonorum possessionem contra tabulas, *l.* 1. *de bon. poss. cont. tab. §.* 1. *inf. de bon. poss.* ut proinde necesse sit tabulas aliquas jure prætorio intelligi. 2 Quia scriptis in eo testamento hæredibus datur bonorum possessio secundùm tabulas, *l.* 2. *in pr. de bon. poss. sec. tab.* ubi prætor dicitur hunc ordinem servare, ut primò velit ad liberos præteritos pertinere bonorum possessionem contra tabulas, mox si inde occupata non sit, judicium defuncti sequatur, & scriptos admittat secundùm tabulas. 3. Quòd in danda bonorum possessione secundùm tabulas hoc tantùm prætor considerer, an testamentum septem testium signis signatum sit, licet solemnia quædam jure civili requisita desint, *Vpian. tit.* 28. *§. etiamsi* 4. Quia prætor vix maiorem suorum, quàm emancipatorum rationem habet; quod ex eo patet, quod etiam emancipatos institui aut exhæredari iubet, *§.* 3. *inf. eod.* & tamen si præteriti sint, testamentum jure prætorio subsistit. 5. Huc fac. *l. posthumus* 12. *in fin. pr. l. filio.* 17. *de iniust. rupt. test. l.* 12. *§.* 1. *de bon. poss. cont. tab.* Ad argumentum autem modò propositum commodè responderi potest, prætorem ita esse proprii juris auctorem, ut simul etiã sit custos iuris civilis, quòd etiam sequatur, si quando potentius jus est eius, qui jure civili vocatur. Nec magis absurdum videri debet, eo jure dici testamentum valere, quo etiam succeditur ab intestato, quàm bonorum possessionem, & secundùm & contra tabulas eodem jure dati. Nimirum non uno modo nec simul omnibus Prætor consulit, sed successivè: & quia prior ac potentior est conditio liberorum præteritorum in petenda bonorũ possessione contra tabulas, hos prius admittit: quod si illi decesserint, aut petere neglexerint, nihil absurdi se facturum putavit, si tunc scriptis hæredibus daret secundùm tabulas. Quin & suos præteritos, qui jure civili testamentum nullum dicere possunt, admittit ab intestato ex capite unde liberi, ut custos & administra juris civilis, *l. ult. hoc tit. l.* 1. *§. ult. unde liberi.* Planè si filius præteritus ultrò se bonis paternis abstineat, hic iam 7 fatentur interpretes Prætorem huius testamenti rationem habere, & scriptis in eo hæredibus dare bonorum possessionem secundùm tabulas, quamvis subtili juris civilis ratione non eo magis consistat, *l. filio* 17. *de iniust. rupt. test.* idque procedit ex sententia maioris partis, sive scriptis sint, qui remoto filio rem ab intestato auferre possent, sive extranei; teste Claro *d quæst* 43. *n.* 3. Verissima sententia, sed à plerisq; aut non intellecta aut non benè explicata. Veram esse ostendunt tum cætera, quæ disputavimus, tum evidentissimè *d. l.* 2. *in pr. sec. tab.* quo loco Jurisconsultus scribit, Prætorem velle, si bonorum possessio contra tabulas à liberis præteritis occupata non sit: eam secundùm tabulas reverti ad hæredes scriptos, sine ulla qualitatis eorum distinctione. Ita verò est. Prætor ut simpliciter scriptis hæredibus bonorũ possessionem pollicetur, ita petentibus eam denegare non potest: sed sæpè accidit, ut ea sine re sit & inutilis: tum etiam in modo & effectu haud parum interest, extranei scripti sint, an qui amoto filio ab intestato succederent. Etenim sciendum est bonorum possessionem secundùm tabulas aut cum re dari, hoc est, cum effectu, ut is, qui accipit, bona retineat; aut sine re, cùm

alius

alius jure civili evincere hæreditatem possit, *Ulp. tit. 23 §. si septem 5. & tit. 28. §. ult.* Finge ergo, scriptum hæredem in petenda bonorum possessione prævertisse filium, qui præteritus erat, bonorum possessio, quàm petens à Prætore accepit, efficietur sine re, sive proximus ab intestato sive extraneus scriptus sit, ubi scilicet filius jure suo uti volet, quippe cuius jus potentius est, quàm hæredis scripti, etiam ipsi Prætori. Et ideo ne res sit sine effectu, solet ferè prætor differre secundùm tabulas dare, *d. l. 2. sec. tab.* Finge, filium præteritum jure suo non uti, sed hæreditate patris abstinere; hic quidem etiam extranei hæredes in tabulis scripti secundùm eas bonorum possessionem petere possunt: cæterùm & hæc sine re futura est, si agnati proximi hæreditatem jure civili vindicabunt ab intestato, Ulp *d. tit. 23. §. si septem.* Verum enim est, eo jure testamentum nullum esse. Sed & prætorem existimo proximos hic prælaturum ex edictis, *Unde legitimi & Unde cognati.* Quapropter rarissimè & uno duntaxat casu fit, ut extranei bonorum possessionem cum re consequantur, si videlicet proximi ab intestato suo jure uti nolent: quæ causa est, quod in hac disputatione conditio additur in *fin. pr. d. l. posthumus 12. de injust. rupt. test si bonorum, possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.* Atque ad hunc fermè modum etiam differit D. Bachov. *in §. non tamen inf. quib. mod. test. inf.* Ant. Faber parum hic sibi constat, ut videre est *lib. 1. conject. 19 & lib. 9. c. 14.*

TEXTUS.

1. *Posthumi quoque liberi vel hæredes instituti debent vel exhæredari. Et in eo par omnium conditio est, quod & filio posthumo & quolibet ex cæteris liberis, sive fœminini sexus sive masculini, præterito, valet quidem testamentum, sed postea agnatione posthumi sive posthumæ rumpitur, & ea ratione totum infirmatur. Ideoq; si mulier, ex qua posthumus aut posthuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis hæredibus ad hæreditatem adeundam. Sed fœminini quidem sexus personæ vel nominatim vel inter cæteros exhæredari solebant: dum tamen, si inter cæteros exhæredarentur, aliquid eis legaretur, nec viderentur præteritæ esse per oblivionem. Masculos verò posthumos, id est, filios & deinceps, placuit non aliter rectè exhæredari, nisi nominatim exhæredarentur, hoc scilicet modo,* Quicunque mihi filius genitus fuerit, exhæres esto.

NOTÆ.

1. POSTHUMI] Posthumi, vel potius postumi, ut scribendum docet Grot. *sparsi flor. sup. ad tit. qui test. tut. dar.* dicuntur, qui post mortem patris nascuntur, *l. 6. de inoff. test. l. 3 §. 1. de injust. rupt.* Plutarch. in *Coriol. & Syll.* Amm. Marcell. *lib 21. Uxorem prægnantem reliquit, unde edita posthuma.*

TOTUM INFIRMATUR] Nec hoc mutatum *Nov. 115. c. 3.* ut falsò existimat Pac. igitur posthumi cuiuscumque sexus an gradus præteriti agnascendo rumpant: filiæ & nepotes præteriti non rumpunt: sed accrescunt scriptis: filius præteritus testimentum valere non patitur, *l. 1. l. 3 l. 8. §. 1. de injust. rupt. l. 30. h. t.* Quod si posthumus præteritus vivo patre natus decesserit, datur scripto hæredi bonorum possessio secundùm tabulas; *l. 12. de injust. rupt.*

COMMENTARIUS.

1° *Cur in posthumis non distinguatur sexus & gradus, quoad necessitatem exhæredandi.*

2. *Cur placeat posthumis præteritis testamentum ab initio valere.*

3. *Quam rationem habeat, quod filia posthuma inter cæteros non rectè exhæredabatur ab; que legato.*

4. *Quàm item, quod nepotes posthumi etiam nominatim exhæredandi.*

DIctum est de liberis suis hæredibus, qui tempore testamenti facti jam nati sunt, sequitur de posthumis, quo verbo hic intelliguntur omnes, qui nondum nati sunt eo tempore, quo parens testamentum condit; quamvis eo adhuc vivo posteà nascantur, *l. 3. §. 1. l. 12. in pr. de injust. rupt. test.* Inter hos & liberos iam natos quadruplex discrimen hic animadvertitur. Primum est, quod posthumis præteritis, cuiuscumque gradus aut sexus sint, testamentum ab initio jure consistat, cum præterito filio superstite testamentum injustum sit & nullum, *l. 1. & d. l. 3. §. 3. de injust. rupt.* Secundùm, quod posthumi omnes, sive masculi sive fœminæ, si hæredes non instituantur, exhæredandi sunt; præteriti agnascendo testamentum rumpunt & totum infirmant; filiæ autem natæ & nepotes ex filio præteriti non rumpunt, sed scriptis hæredibus ad certam portionem accrescunt, ut dictum §. *prec.* Tertium, quod

quod posthumis filiabus inter cæteros exhæredatis pater aliquid legare cogitur, jam natis non item. Quantum quod posthumi masculi non tantum primi gradus, sed etiam inferiorum nominatim exhæredandi sunt, quod non est necesse in nepotibus tempore testamenti natis.

Valet quidem testamentum, sed postea agnatione rumpitur] In hoc cernitur differentia filii posthumi præteriti, & iam nati, qui præteritus testamentum subsistere non patitur: item filiarum nepotumque posthumorum, & superstitum, qui præteriti testamentum non rumpunt, *l.* 8. §. 1. *de injust. test.* Gajus
1 *lib.* 2. *tit.* 3. §. 2. Cur verò sexus & gradus non æquè in posthumis distinguitur, ut in liberis natis, placetque non minus, agnatione filiæ posthumæ præteritæ, aut nepotis, quàm filii, testamentum rumpi? Nimirum cùm benignè atque humaniter, quoad fieri potest, de parentum in liberos voluntate sentendium sit, judicarunt, consulti testatorem vel ignorasse conceptionem, vel conceptum & nondum editum per oblivionem præteriisse. Adhæc incertum est, filius in utero sit, an filia,

2 *Abortum fecerit*] Hinc petenda ratio, cur posthumo præterito placeat testamentum ab initio valere: nimirum quia fieri potest, ut non nascatur, abortum faciente muliere ex qua sperabatur, *l.* 2. *C. de post. hær.* Atque hactenus ergo nec pro nato habetur; frustraque objicitur, eum, qui in utero est, quoties de commodo eius agitur, pro eo qui in rebus humanis sit, haberi, *l.* 7. *l. pen. de stat. hom.* nullum enim hic incommodum sentit, cùm statim ut editus est, testamentum rumpat? & regula ista sic temperanda est, si modò posteà nascatur: tunc enim fictione juris nativitas retrotrahitur. Quandiu verò quis in utero est, propriè nondum homo vel animal est, *l.* 7. *ad leg. Falc.* sed spes tantùm animantis, *l.* 2. *de mort. inf.* nec in potestate patris antequam nascatur, *l. ult. de collat.* ac proinde qui mortuus editus est, neque natus, neque procreatus videtur, quia nunquam filius appellari potuit, *l. qui mortui* 129. *de verb. sig. n.* Sed ersi mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, placet testamentū non rumpi, *l.* 3. *C. de post. her.* quia liberi non sunt, qui contra formā humani generis procreantur, *l.* 14. *de stat. hom.*

Sed fœminini quidem sexus personæ, &c.] Quanquam ad necessitatem exhæredandi quod attinet, par omnium posthumorum conditio erat, nec sexus in posthumis distinguebatur; in forma tamen exhæredationis aliqua erat jure antiquo differentia inter mares posthumos & fœminas: nam illi omnes non nisi nominatim rectè exhæredabantur, hæ poterant & inter cæteros. At enim si inter cæteros exhæredatæ essent, non aliter ritè exhæredatio facta intelligebatur, quàm si quid eis legatum fuisset, *Vlp. tit.* 22. §. *posthumus* 17. Qua in re etiam elucet insignis differentia inter exhæredationem 3
posthumarum & filiarum superstitum: hæ enim & sine legato inter cæteros exhæredari poterant; illæ non poterant, ne *ut aut hic. Imp.* viderentur præteritæ per oblivionem: Quippe pro posthuma dici potest, generalem clausulam ad eam non pertinere, cùm potius præsumendum sit patrem ignorasse eam esse in utero; & ideo ignoratione potius præteriisse, quàm clausula illa, *inter cæteros*, voluisse exhæredari: uti semper benignè judicandum est de patrum erga liberos voluntate, quoad facultas fert. De filia autem superstite, quam natam pater novit, dubitari non potest, quin pater cogitaverit, & tacitè eam comprehenderit sub simplici & indeterminata exhæredatione; uti & de posthuma, cui inter cæteros exhæredatæ legatum relinquit, quod præsumptionem oblivionis penitus tollit. Ex iis autem, quæ modò dicta sunt, manifestum est, rectè judicare D. Cujacium ad *l.* 5. *hoc tit.* de interpolatione principii, *l.* 3. *de injust. rupt.* & quod Ulp. scripserat, *Posthumi virilis sexus nominatim exhæredandi sunt*, Tribonianum, ut inserviret constitutioni Justiniani, de qua dicendum infra §. *sed hæc* 5. sic immutasse, *Posthumi per virilem sexum descendentes*.

Filios & deinceps] Certum est verbo *deinceps* intelligi nepotes posthumos ex filio, & eos quidem solos, qui nati sui hæredes futuri sunt: nam alii testamentum non rumpunt, licet in potestate avi nascantur, putà quorum pater adhuc vivit, & in potestate patris sui est, §. *seq. l.* 13. *de iniust. rupt.* Ait, *non aliter rectè exhæredari, nisi nominatim*. Igitur nec si legatum adscriptum fuerit, valebit ne in nepotè quidem exhæredatio non nominatim, sed inter cæteros facta. Atque hic iam notandum, primò diversum jus hac in parte observatum fuisse in nepotibus nascituris & natis. Etenim natos jam nepotes non tantùm nominatim, sed inter cæteros quoque exhæredare licebat: quin & salvo testamento præterire: eiusdemque omninò conditionis erant, cuius & superstites filiæ, §. *prec. Vlp. d. tit.* 22. Nepotes autem posthumi utrisque meliores: quippe qui non modò non præteriti, sed nec inter cæteros tutò poterant exhæredari. Quæ juris varietas non
aliam rationem habet, quàm eam, quæ modò di- 4
cta est filiam posthumam à nata separare. Deinde notanda etiam differentia inter posthumos nepotes & posthumas filias, quæ inter cæteros rectè exhæredabantur, utque legato honoratæ; cùm nepotis posthumi exhæredatio nominatim faciendā esset, nec sufficeret inter cæteros exhæredato legatum adscripsisse. Atenim inquies,

cùm

cum nepotes nati eodem jure cum filiabus natis uterentur, cur non similiter placuit, nascituros eodem jure uti, quo utebantur filiæ nascituræ, Iason apertè, & cum eo tamen Viglius; fatentur, se huius rei rationem ignorare: & sanè, quod D. Hotomannus putat, ubi legatum adscriptum est, non potest esse locus benignæ præsumptioni de alia voluntate parentis quasi hunc posthumum nepotem non tam excludere voluisse videri debeat, quàm per errorem præteriisse. Una illa ex pluribus, quas affert D. Wesembecius maximè probabilis est, quod etsi legatum avus adjecerit, nisi tamen nominatim posthumum nepotem exhæredaverit, videri possit & debeat de posthuma filia potius nascitura (quæ inter cæteros cum adjectione legati exhæredari solita erat) quàm de posthumo masculo cogitasse, spe propagationis nominis & familiæ suæ: cujusmodi voluntatis conjecturam non admittunt nepotes nati. Quid ergo est, quod Ulpian. *d. tit. 22. §. nepotes 18.* scribit, nepotes & pronepotes cæterosque masculos posthumos præter filium, vel nominatim, vel inter cæteros cum adjectione legati exhæredandos: sed tutius tamen esse nominatim eò exhæredari, atque id observari magis? Nimirum ex ratione juris, quod nepotes & filias ferè eadem vult esse conditione, *l. 8. §. 1. de iniust. rupt.* posse & nepotes posthumos sic ut filias posthumas exhæredari: cæterùm propter benignam illam, quam dixi, in dubio voluntatis interpretationem aliud receptum fuisse.

Quicunque mihi filius] Positum exempli causa, ne quis ex hoc loco colligat, nepotem appellatione filij contineri etiam in re odiosa. Utendum autem necessariò generali demonstratione, cùm speciali nomine aut signo posthumus demonstrari nequeat. An adhuc hodie posthumi, & præsertim post *Nov. 115. c. 3.* exhæredari cum aliquo effectu possint, alibi videbimus.

TEXTUS.

2. *Posthumorum autem loco sunt & hi, qui in sui hæredis locum succedendo quasi agnoscendo fiunt parentibus sui hæredes: ut ecce, si quis filium, & ex eo nepotem neptémve in potestate habeat, quia filius gradu præcedit, is solus jura sui hæredis habet; quamvis nepos quoque & neptis ex eo in eadem potestate sint. Sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate eius, incipit nepos neptisve in eius locum succedere, & ex eo modo jura suorum hæredum quasi agnatione nanciscuntur. Ne ergo eo modo rumpatur eius testamentum, sicut ipsum filium vel hæredem instituere vel nominatim exhæredare debet, ne non jure faciat testamentum; ita & nepotem neptémve ex filio necesse est ei vel hæredem instituere vel exhæredare, ne fortè eo vivo, filio mortuo, succedendo in locum ejus nepos, neptisve, quasi agnascendo rumpat testamentum. Idq; lege Iulia Velleia provisum est: in qua similis exhæredationis modus ad similitudinem posthumorum demonstratur.*

NOTÆ.

2. POSTHUMORUM LOCO] Ex Caio *l. 13. de injust. rupt.* Hos quasi posthumos, & posthumos Velleianos appellare possumus.

QUAMVIS NEPOS QUOQUE] *§. 2. inf. de hær. qua ab int. §. 2. inf. de hær. qual.* & ideò firmum manet avi testamentum, in quo hic nepos præteritus, si vivo filio nec capite minuto avus decesserit, *l. 6. pr. de iniust. rupt. l. 7. si tab. test.*

IN EIUS LOCUM SUCCEDERE] Successio hæc velut quædam agnatio est, propterea quod successione in locum sui hæredes fiunt.

LEGE IULIA VELLEIA] Cuius legis caput secundum relatum in *d. l. 29. §. 13.* interpretari Gaius *d. l. 13.* & Iustinianus hic. In casu *d. l. 29. § pen.* qui ad neutrum caput legis seorsum pertinet, Iulianus quoque induxit, ne rumpatur testamentum, quasi duobus capitibus legis commistis, bellè Fabrot. *ad Th.*

COMMENTARIUS.

1 *Quasi posthumorum varia genera.*
2 *Qui agnascendo, qui succedendo seu quasi agnascendo rumpant.*
3 *Cur plus tributum nepti quasi posthumæ, quàm filiæ aut nepoti, qui tempore testamenti avo proximus est.*
4 *Ius antiquum circa institutionem & exhæredationem posthumorum.*
5 *Quid Gallus Aquilius circa nepotis posthumi institutionem introduxerit.*
6 *Quid lex Velleia permiserit non permissum iure antiquiore.*

SI cui religio est scribere *posthumus*, is per me licet sine H. scribat *postumus*, cum Cujacio *lib. 3. obser. 4. & in comment. ad l. Gallus hoc tit.* Illud tamen tenendum est, posthumos à veteribus pro-

priè dici eos, qui post mortem patris nascuntur, testibus *Vlp. l. 5. §. 1. de iniust. test. Varron. lib. 4. Fest. lib. 15.* Plutarchus quoque in Sylla scribit, posthumos à Romanis appellatos τὰς ὑστέρου τοῦ πατρὸς τελευτῆς χρωμένας, uti & in Coriolano. Et ideò Græcis interpretibus dicti κυοφορούμενοι, quod mortis parentum tempore in utero fuerint. At post legem Iuliam Velleiam, qua & alii liberi, iique nati vivo adhuc parente testatore, hæredes instituendi aut exhæredandi sunt, ne agnascendo aut succedendo testamentum rumpant instar posthumorum, cœperunt duo quodammodo esse posthumorum genera; unum eorum, qui verè & propriè posthumi sunt & dicuntur, videlicet qui nascuntur post mortem parentum; alterum qui impropriè & secundùm quid, nempe quo ad effectum rumpendi testamentum, si non sint instituti aut exhæredati, quos quasi posthumos & posthumos Velleianos appellare possumus. Sed & in his, qui post factum testamentum adoptantur, quæ in manum conveniunt; in filio, qui ex prima secundáve manumissione in potestatem patris revertitur similitudo quædam agnationis suorum hæredum est, & præteriti instar posthumorum testamentum rumpunt, *Vlp. tit. 23. §. 2. Gaius l. 2. tit. 3. §. 3. l. filio 23. hoc tit. junct. §. 1. inf. quib. mod. test. inf.* Est & posthumus Cornelianus, qui capto ab hostibus patre natus est in civitate: de quo in *l. 15. hoc tit. l. qui bona 22. §. ult. de capt. & postlim. Ant. Fab. 10. coni. 9. & 10.* ubi disputat, an hic posthumus & Velleianus dici possit. Descriptus ferè ad verbum hic locus est ex Gaio *l. posthumor. 13. de iniust. rupt. test.*

In sui hæredes locum succedendo, quasi agnascendo] Nepotes præteriti, qui demum post factum testamentum nascuntur patre mortuo, avo testatore superstite, non succedendo in locum patris & sui hæredis, sed agnascendo testamentum rumpunt. Nascuntur enim sui hæredes, non fiunt successione, & ideò pertinent ad caput primū legis Velleiæ, quod Imp hic non tangit. At illi, de quibus hoc loco & in *d. l. 13.* sermo est, & scilicet qui jam nati sunt, quo tempore avus testamentum facit, sed quibus pater & suus hæres obstat, quominus & ipsi iura sui hæredis habeant, illi inquam præteriti, si vivo adhuc avo pater eorum suus hæres esse desierit, testamētum rumpunt succedendo, hoc est, subeundo locum patris prædefuncti aut emancipati; non agnascendo (quoniam agnasci propriè dici non possunt, qui ante testamentum nati sunt) sed quasi agnascendo, propterea quod successione in locum sui hæredis sui hæredes fiunt: nimirum quemadmodum velut posthumus aut posthumi loco habetur, qui in ius sui hæredis succedit, ita & successio eius velut quædam agnatio. Illi ad primum legis Velleiæ caput pertinent, *l. 29. §. 12. h. t.* hi ad secund. *d. l. 29. §. 13. l. 13. de iniust. rupt.*

Quia filius gradu procedit] Fieri potest non in persona filii, sed in persona nepotis, ut in avi potestate sit, nec tamen inter suos hæredes numeretur, eò quòd pater eum in causa successionis præcedat: neque enim ad hoc ut quis jus sui hæredis habeat, sufficit in potestate esse, nisi simul proximum à defuncto gradum obtineat, hoc est, nemo in suo ordine antecedat, *§. 2 inf. de har. qual. & diff. §. 2. inf. de har. quæ ab int.* Et ideò nepos, quem pater præcedit, nec exhæredari ab avo debet, sed firmum manet avi testamentum, in quo hic nepos præteritus est, si vivo filio & eodem statu manente avus decesserit, *l. §. in pr. de iniust. rupt. l. 17. unde lib.*

Sed si filius vivo eo moriatur] Filio de familia sublato, statim nepos ex eo in locum & gradum eius succedit, atque ita succedendo in familia avi jus sui hæredis quasi agnatione nanciscitur: quapropter si eo se tempore præteritum deprehendat, exemplo posthumi testamentum rumpit. Unde qui filiū atq; ex eo nepotem in potestate habet, ei, si omnino securè testari velit, necesse est etiam hunc nepotem, similiter ut filiū, hęredem instituere vel exhæredare; alioqui si contingat filium vivente adhuc patre suo mori, aliáve ratione de familia exire, nepos mox patris locum occupans testamentum rumpet.

Ita & nepotem neptémve ex filio] Plus igitur tribuitur huic nepti, quàm filiæ, quæ præterita jure antiquo testamentum non rumpit, *sup. eod in pr.* Hoc ne cui mirum videatur, animadvertendum est agi hic de nepte, quam pater tempore facti testamenti præcedebat, & quæ posteà in illius sublati locum succedit instar posthumæ. Itaque quod juris erat in filia posthuma, ut præterita testamentum rumperet, id producendum erat ad hanc neptem, quasi posthumam, simili coniectura pietatis: quippe quam, ut credi par est, hæredem avus fecisset, si tempore testamenti primum ab eo gradum obtinuisset. Eademq; ratio est, cur neptis hæc meliore etiam conditione sit, quàm nepos, qui tempore testamenti avo proximus est: quod cùm non animadverteret D. Viglius, credidit *in pr. h. t.* jus antiquū referri, quòd posteà lex Velleia abrogaverit, insigni & manifesto errore. Illud quoque notandum, quod particula nominatim, quæ in propositione huius comparationis exprimitur, non reperitur in redditione, uti nec in *d. l. 13. de iniust. rupt.* Id quod consultò factum est, ut intelligamus, neptem quidē cū filio comparari in exhæredatione, quod ad necessitatem; at non in qualitate aut modo exhæredandi. Etenim cùm neptis ex filio adscendens in

locum

locum patris utatur jure posthumæ, sufficere debet indefinitè eam exhæredari, utique cum adjectione legati: quandoquidem non plus juris habet filia posthuma. Enimverò nepotem, quem posthumi jure uti placuit, eadem forma, qua filium, exhæredandum esse arguunt, quæ Imperator dixit in calce, §. *præc.*

Lege Iulia Velleia provisum est] Legis hujus duo præcipua capita fuisse docet nos Scævola *l. Gallus*, 29. §. *nunc de* 11. *& seq. h. t.* quorum uno permissum fuit institui posthumos etiam alienos, dummodo sui nascerentur, licet vivo adhuc testatore: altero cautū, ne nepotes in locum sui hæredis succedentes testamentū rumperent, in quo ipsi instituti essent, vel exhæredati: cujus posterioris capitis explicatio à Iustinian. hoc loco tradita est verbis Gaij *in l. posthum.* 13. *de injust. rupt. test.* Nihil adhuc intelligimus, nisi sciamus, cur in eas res lata fuerit lex Velleia, & quid ea permiserit non permissum jure antiquiore. Exponam autem paucis, quid in re obscura sentiam. Cùm lege duoderim tabb. ita cautum esset, *Vti quisque legassit suæ rei, ita jus esto l. verbis*, 120. *de verb. sign.* hæc legis verba, *uti legassit*, sic prudentes interpretati sunt, uti quisque certo consilio ac judicio statuerit, decreverit, aut imperaverit, quid de re pecuniaque sua post mortem suam fieri velit. Absurdū enim visum fuit, eam testatoris voluntatē ius facere aut ratam haberi, quæ nec consilio nec judicio certo regeretur. Hinc ex sententia legis persona incerta, hoc est, quam incerta opinione animo suo testator subiiciebat, neque hæres institui, neque legatā ex testamento capere poterat, §. *incertis*, 25. *de legat. inf. Vlp. tit.* 22. §. 3. ubi & eandem hanc eius rei rationē reddit, quoniam certum esse debet consilium testantis. His porrò consequens est, nec eum, qui in utero est, ex eiusdem legis sententia hæredē potuisse institui, utpotè qui & ipse persona incerta habebatur, aut ut Theoph. loquitur §. *alienus*, 26. *inf. de legat.* ἔοικε τοῖς ἐγκύοις κατὰ φώτος. propterea credo, quod incertum est, an nasciturus aliquando sit, nec ne; masculus, an fœmina; unus, an plures nascituri. Et quanquā quod ad legitimas hæreditates posthumus pro jam nato semper habitus est, *l. pen. de stat. hom.* id tamen ob rationem, quam diximus, non obtinebat in hæreditate testamentaria. Cùm igitur ea ratione evenier, ut sive institutus, sive exhæredatus, sive præteritus esset is posthumus, qui suus hæres testatori nasciturus erat, testamentum agnascendo rumperet, & in totum voluntatē testatoris everteret, paulatim disputatione fori introductum ad conservanda suprema hominum iudicia, ut & in testamentaria successione posthumi sui, hoc est, qui si tempore testamenti nascerentur, inter suos hæredes futuri, & præteriti, testamentum omnimodo ruptum esset, pro natis haberentur, instituique atque exhæredari possent: quod Gaius quodammodo significat *lib. 2. tit. 3. §. 2.* ubi de institutione & exhæredatione posthumorum agens ait, in ea etiam re legitimè conceptos pro natis haberi. In alieno posthumo nihil visum, cur à ratione juris veteris recederetur; quippe cuius institutio necessaria non est, cùm natus testamentum nunquam rumpat. At enimverò quia fieri potest, ut qui tempore testamēti alienus est, suus tamen nascatur, atque ita rumpat, (nam cùm quæritur, an testamentum agnatione rumpatur, non conceptionis tempus, sed nativitatis inspicitur) Gallus Aquilius induxit, (non legē ferens, ut perperam Viglius, sed quod nemo ante eum observaverat, ostendens) posse etiam eos posthumos, & nimirum nepotes, qui testamenti quidē tēpore alieni sunt, subducto autē patre sui hæredis avo nascerentur, hæredes institui sine fraude eius juris, quo placebat posthumos alienos hæredes institui non posse. Quam in rē concepit hujusce modi formulam? *Filius meus hæres esto. Si filius meus vivo me morietur: tunc si quis mihi ex eo nepos post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus erit, hæres esto, l. Gallus* 29. *h. t.* Dices, nepotem hic institutum esse posthumum alienum. Fatebor, si simpliciter consideretur ut posthumus: quia si tempore testamenti facti nascereturnon esset suus hæres avo testatori. Negabo, si ut posthumus Aquilianus, sive eo modo, quo à Gallo instituitur, qui institutionem huius nepotis confert in id tempus, quo suus erit: ea vis est articuli *tunc*; quod tēporis extremitatem significat, *l. 4. §. 1. de cond. & dem.* Hoc igitur modo consideratus non alienus, sed suus est, & salva ratione juris veteris juxta formulam Aquilianam instituitur. Adhuc posthumi vivo testatore nati institutio inutilis erat. Etenim cùm ut posthumos hæredes instituere liceret, eatenus duntaxat receptum esset, quatenus testamentorū favor & necessitas postulabat, eorum, qui vivo testatore nascuntur, institutio non videbatur necessaria: quamvis enim & ipsi non eò minus testamentum rumpant; licebat tamen testatori aliud testamentum condere, & rei suæ de integro prospicere. Porrò nec is posthumus, qui tempore testamenti alienus erat, purè poterat institui: hoc enim ut fieri posset, Gallus non induxerat, neque adeò inducere poterat salva ratione juris. Postremò neque nepotis, quem filius præcedebat, nati antè testamentum factum institutio efficiebat, quo minùs in patris remoti locū posteà succedens testamentum rumperet: fortassis quia visum est non sufficere institutum esse tanquam extraneum eum, qui tempore mortis testatoris reperitur suus.

Tandem etiam in istis omnibus testamentorum securitati prospectum est lege Iulia Velleia: cujus legis, ut antè quoque diximus, duo capita fuerunt; quorum primo permittitur eorum posthumorum institutio, qui vivis nobis sui nascituri sunt, ut etiam purè instituí possint; capite altero cavetur, ne nepotes jam nati tempore testamenti facti, succedentes vivo testatore in locum sui hæredis testamentum rumpant, in quo ipsi sunt instituti aut exhæredati, *d. l. Gallus*, *§. nunc de* 11. *cum seqq. hoc tit.* Plura qui nosse desiderat, adeat commentaria, quæ in *d. l.* exrant doctissimorum hominum, Salomonij, Goveani, Cujacij, Duareni, Alciati *lib.* 3. *paradox c.* 2. *& seqq.* Ant. Fabri *lib.* 9. *cont. per tot.* & multis *capp. lib.* 10. sed nostra hæc ut præluceant.

TEXTUS.

3. *Emancipatos liberos jure civili neque hæredes instituere, neque exhæredare necesse est: quia non sunt sui hæredes. Sed prætor omnes, tam fœminini sexus, quàm masculini, si hæredes non instituantur, exhæredari jubet; virilis sexus nominatim, fœminini verò inter cæteros: quia si neque hæredes instituti fuerunt, neque ita (ut diximus) exhæredati, promittit eis prætor contra tabulas testamenti bonorum possessionem.*

NOTÆ.

1. EMANCIPATOS] Liberi emancipati, quia exeunt è familia & potestate patris, pro extraneis jure civili habentur, *§. 3. inf. de hær. qual. §. 9. inf. de hær. quæ ab int.* & ideò nulla eo jure necessitas patri imposita eos vel instituendi vel exhæredandi.

PRÆTOR, &c. EXHÆREDARI IUBET] Quasi rescindens eorum capitis deminutionem, *l. 6. §. 1. D. de bon. poss.*

FOEMININI INTER CÆTEROS] Leg. ut in edit. Cujac. *& inter cæteros*, id est, vel nominatim vel inter cæteros. Ulp *tit.* 22. *§.* 19. Theoph.

PERMITTIT EIS PRÆTOR.] Leg. *promittit*, *l.* 4. *& pass. cont. tab.* in Basil. ἐπαγγέλλεται, *pollicetur*, *l.* 6. *de bon. poss.* Ulp. *d. loc.* & ita lege etiam, *§. ultim. inf.*

COMMENTARIUS.

1 *Emancipatos sub colore quodam suitatis à prætore vocari ad bonorum possessionem.*

2 *Prætorem in modo exhæredandi secutum distinctionem sexus & gradus, quam jus civile fecit.*

3 *Absurdum non esse, quod filiæ emancipatæ melioris conditionis jure prætorio fuerint, quàm non emancipatæ jure civili.*

QUIA *non sunt sui hæredes*] Liberi emancipati exeunt è familia & potestate patris, *§. præterea sup. quib. mod. ius pat. pot. solv.* ac sui juris ita effecti propriam familiam habere incipiunt, *l. pronuntiato*, 195. *§.* 2. *de verb. sign.* Itaque jus omne, quod in familia patris anteà habebant, amittunt: desinunt esse sui hæredes & agnati, quos solos ad successionem ab intestato lex vocat propter familiarum conservationem: denique pro alienis & extraneis jure civili habentur, *l. 6. §. 1. de bon. poss. l. 7. de cap. min. §. 3. inf. de hær. qual. §. emancipati, 9. inf. de hær. ab int.* Quo posito sequitur nec ullam eo jure patri necessitatem imponi liberos emancipatos vel instituendi vel exhæredandi, eorumque præteritione testamentum injustum aut nullum non esse.

Prætor si hæredes non instituantur, exhæredari jubet] Quamvis jure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem, hoc est, emancipationem desierunt esse sui hæredes; tamen prætor naturali æquitate motus, & partim etiam ratione civili, (quippe emancipati non minùs natura liberi sunt, & masculorum soboles, quod ex parte jus civile considerat, quàm non emancipati) rescindit eorum capitis deminutionem, *l. 6. §. 1. de bon. poss.* & si testamento facto præteriti sunt, pollicetur eis bonorum possessionem contra tabulas, *l. 1. & pass. de bon. poss. cont. tab.* & cum suis quoque hæredibus ab intestato eos vocat ad bonorum possessionem unde liberi, *§. emancipati, 9. inf. de hær. ab int. d. l. 6. §. 1.* Itaque cum effectu juris emancipati beneficio prætoris tantum consequantur, quantum sui, (bonorum enim possessio re ipsa & effectu juris ab hæreditate nihil differt, *l. 1. l. 2. de bon. poss.*) ideò ait, jubere prætorem emancipatos quoque liberos hæredes institui aut exhæredari. Et notandum quod Iurisconsultus in *d. l. 6. §. 1. eod. tit.* ait, prætorem rescindere eorum capitis deminutionem post mortem patris. Ex quo intelligimus emancipatos non simpliciter ut emancipatos, sed sub colore quodam suitatis à prætore admitti, quasi de potestate nunquam exiissent. Etenim rescissa capitis deminutione quodammodo in integrum & in pristinum statum restituuntur, *fac. l. 3. §. si emancipatus, 5 contr. tab. & ibi Glossa.*

Fœminini sexus inter cæteros] Cujac. Hotoman. Wesemb. *& inter cæteros*, quod magis placet: quasi dicat Imperator, vel nominatim, vel inter cæteros; aut, ut Ulp. *tit.* 22. *§. mancipatos*, 19. *Masculos*

nominatim

nominatim, fœminas vel inter cæteros. Voluit nimirum prætor in modo exhæredandi servari differentiam, quàm in sexu jus civile faciebat, & haud dubiè etiam, quam idem jus faciebat in gradu, de quo in pr. hujus tit. Melioris tamen conditionis apparet fuisse filias emancipatas jure prætorio, quàm erant filiæ non emancipatæ jure civili; quippe cùm illæ præteritæ testamentum in totum jure prætorio rescinderent, hæ non rescinderent, sed salvo testamento ad certam duntaxat portionem scriptis hæredibus jure civili accrescerent. Quod minimè absurdum est, licet id existimet D. Bachovius: siquidem filiæ, quæ in potestate erant, præteritæ præter jus illud accrescendi, quod jus civile tribuebat, idem etiam jus habebant jure prætorio, quod emancipatæ, (in quo erravit Bachovius, ut suprà ostendimus) & testamentum in totum evertebant. Quanquam post constitutionem Antonini non plus per bonorum possessionem contra tabulas consequebantur, quàm quantum jure civili capiebant per jus accrescendi, *l. ult. circa pr. C. de lib. prat.* & omnino verisimile est, post eam constitutionem nec emancipatas per eandem bonorum possessionem plus accepisse, quàm accepturæ fuissent, si mansissent in potestate; quod & Theophilus pro certo tradidit.

Promittit (ita legendum non *permittit*, *l. 7. C. comm. de succ. in Basil.* ἐπιτρέπει) *eis prætor. bon. possessionem contra tab.*] Testamentum, in quo emancipatus præteritus est, & civile & prætorio jure subsistit: & ideò emancipato præterito prætor non dat bonorum possessionem ab intestato unde liberi, sicut præterito filio, qui in potestate est, (nam tale testamentum jure civili non consistit) sed rescindit testamentum patris data bonorum possessione contra tabulas, *l. 1 de legat. præst. contr. tab.* neque aliud remedium emancipati præteriri habent. Cur verò suis præteritis, qui vel jure civili, vel ex edicto unde liberi ab intestato succedere possunt, nihilominùs hoc etiam remedium à prætore detur, dicemus suo loco, *tit. de bon. poss. lib. 3.* Quod detur, satis argumenti est, tale testamentum jure prætorio non esse nullum: est enim remedium hoc natura sua rescissorium; quod autem nullum est, rescindi non potest, *l. 5. de injust. rupt. test.* de quo copiosiùs disseruimus *in pr. hujus tit.*

TEXTUS.

4. *Adoptivi liberi, quamdiu sunt in potestate patris adoptivi, ejusdem juris habentur, cujus sunt justis nuptiis quæsiti. Itaq; hæredes instituendi vel exhæredandi sunt, secundùm ea, quæ de naturalibus exposuimus. Emancipati verò à patre adoptivo neque jure civili, neque eo jure, quod ad edictum prætoris attinet, inter liberos connumerantur. Qua ratione accidit, ut ex diverso, quod ad naturalem parentem attinet, quamdiu quidem sunt in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur, ut eos neque hæredes instituere, neq; exhæredare necesse sit: cùm verò emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant in ea causa esse, in qua futuri essent, si à naturali patre emancipati fuissent.*

NOTÆ.

4. EIUSDEM IURIS] Extra nuptias quæsiti huc non pertinent. Legitimati tamen pertinent, §. 9. *inf. de hær. ab int. Nov. 89.*

NEQUE IURE CIVILI, &c.] Non jure civili, quia desinunt esse sui hæredes: nec jure prætorio, quia simul nomen quoque liberorum amittunt, *l. 4. si tab. test. l. 1. §. 6. l. 3. §. 2. cont. tab.*

EXTRANEORUM NUMERO] Tantùm tertio loco ab intestato à prætore admittuntur in ordine cognatorum, §. 13. *inf. de hær. ab int. l. 1. §. 4. unde cogn.*

CÙM VERO EMANCIPATI, &c.] Scil. vivo patre naturali, §. 20. *inf. d. t.* Hoc enim casu, ne utriusque parentis exciderent successione, voluit prætor eos jus naturale liberorum recuperare, *l. 4. si tab. test.*

COMMENTARIUS.

1 *Insignis error Hotomanni notatus.*
2 *Jura liberorum adoptivorum emancipatione in totum dissolvi.*
3 *Adoptatos, quamdiu sunt in familia adoptiva, jus liberorum in familia patris naturalis non habere.*
4 *Emancipatos à patre adoptivo jus familiæ naturalis, quod emancipati beneficio prætoris habent, recuperare.*

CUm adoptio æquè liberis adoptatus tribuat jus & nomen filiorumfam. suorumque hæredum, ac natura naturalibus; *leg. 1. & passim de adopt. §. 2. inf. de hær. qua ab int. l. 5. C de suis & leg. cum similib.* consequens omnino est, ut & ipsi non minus, quàm liberi naturales, hæredes instituti debeant aut exhæredari; atque ut præteriti

idem jus habent circa parentum testamenta infirmanda, quod naturales habent, *l.1. in pr. cont. tab.* Naturales autem liberos hic intelligimus eos, qui ex justis nuptiis procreati sunt: sic enim passim in collatione adoptivorum appellantur, ut notavimus ad *pr. sup. de adopt.* Cæterùm legitimati quoque appellatione naturalium continentur: quippe quibus eadem jura per omnia data sunt, quæ habent ij, qui ab initio ex legitimo matrimonio nati sunt, *d. § 2. inf. de hær. ab. int. Nov. 89. De his dictum, §. ult. sup. de nupt.*

Secundùm ea, quæ de naturalibus exposuimus] Et igitur filij adoptivi nominatim, exhæredandi, nepotes & filiæ vel inter cæteros. Item filio adoptivo præterito, aut non ritè exhæredato testamen-
1 tum ipso jure nullum est; filia & nepote præteritis firmum manet, sed præteriti institutis hæredibus accrescunt ad eam portionem, ad quam præteritæ filiæ & nepotes naturales. Secundùm ea, quæ tradita sunt initio hujus tit. Dormitavit ergo Hotomannus, cùm putavit, majus fuisse filiæ adoptivæ, quàm naturalis; quasi illius præteritio testamentum rupisset, hujus non rupisset, per *l. 8. in pr. de injust. rupt. test.* Alioqui certè vidisset, Ulpian. loqui eo loci non de præteritione filiæ, quæ jam antè à testatore adoptata fuerat, quàm testamentum faceret; verùm de adoptara vel adrogata demùm post factum testamentum: quæ cùm utatur jure posthumæ, & in posthumis sexus non distinguatur, quod ad effectũ rumpendi attinet, *§ 1. sup. eod.* testamentum rumpit quasi agnatione sui hæredis.

Emancipati à patre adoptivo neque jure civili, &c.]
2 Jura liberorum adoptivorum non diutiùs durant, quàm quamdiu constat adoptio: ea per emancipationem dissoluta nullum amplius jus habent, sed penitùs extranei sunt patri quondam adoptivo, sive jus civile spectes, quia desierunt esse sui hæredes: sive honorarium, quia & nomen liberorum amiserunt, ut cesset ratio naturalis & æquitas edicti, *l. 4. unde liberi, l. 1. §. & sui, 6. l. 3. §. 2. cont. tab.* Et igitur nec testamento facto præteriti contra tabulas admittuntur. Hoc *text. & §. eadem, 12. inf. de hær. quæ ab int.* nec ad bonorum possessionem unde liberi ab intestato, *l 1. §. liberos, 6. d l. 4. unde lib §. minùs ergo, 9. & d §. eadem, inf. de hær. ab int.*

Quamdiu sunt in adoptiva familia, extraneorum
3 *numero*] Liberi adoptati quamdiu sunt in familia adoptiva, jus liberorum non habent in familia patris naturalis; sed huic interim intelliguntur esse extranei non tantùm jure civili, verùm etiam eo jure, quod pertinet ad edictum prætoris. Etenim prætor abundè eos habere censuit in familia patris adoptivi, cui jure civili succedunt, unde jacturam bonorum patris naturalis sarciant: absurdum autem esse, unum atque eundem jus filii cum effectu succedendi obtinere in bonis duorum patrum. Quamobrem qui in adoptiva familia sunt, quo tempore naturalis parens moritur, ii præteriti, neque jure civili testamentum nullum dicere possunt, nec jure prætorio bonorum possessionem contra tabulas petere, nec quasi liberi ab intestato, *§. at. hi. 10. cum seqq. inf. de hær. ab int. fac. l. ult. unde lib.* tantùm tertio ordine hoc casu admittuntur, ut cognati, *§. admonendi, 13. d. tit.*

Cùm emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiunt, &c.] Quoniam emancipati à patre adoptivo nihil in eius familia iuris retinent, uti modò relatum est, ne utriusq; parentis successione fraudentur, voluit prætor eos ius familiæ naturalis recuperare, *d. l. 4. unde lib.* hoc est, eo iure haberi, ac si à vero & naturali patre emancipati essent, inque eo statu semper mansissent, ut nisi hæredes instituti aut exhæredati fuerint, bonorum possessionem contra tabulas petere possint. Nec interest, utrùm qui à naturali parente in adoptionem datus sit, an qui emancipatus ab eo ipse se adrogari sciverit, posteà iterùm à patre adoptivo emancipetur; dum tamen vivo adhuc parente naturali. Quod omnino addendũ est, *d. §. at. hi, 10. inf. de hær. quæ ab int. def.*

TEXTUS.

5. *Sed hæc quidem vetustas introducebat. Nostra verò constitutio inter masculos & fœminas in hoc jure nihil interesse existimans; quia utraq; persona in hominum procreatione simili naturæ officio fungitur, & lege antiqua duodecim tabularum omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur, quod & prætores posteà sequuti esse videntur: ideo simplex ac simile jus, & in filijs & in filiabus & in cæteris descendentibus per virilem sexum personis, non solùm jam natis, sed etiam posthumis, introduxit; ut omnes sive emancipati sint, vel hæredes instituantur, vel nominatim exhæredentur: & eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda, & hæreditatem auferendam, quem filij sui vel emancipati habent, sive jam nati sint, sive adhuc in utero constituti, posteà nati sint. Circa adoptivos autem filios cer-*

tam

tam induximus divisionem, quæ in nostra constitutione, quam super adoptivis tulimus, continetur.

NOTÆ.

§. NOSTRA CONSTITUTIO] *l. 4. C. h. t.* ex qua petenda interpretatio huius §.

LEGE 12. TABULARUM] *leg. 14. C. de legit. hær.* ubi hæc eadem iisdem ferè verbis exponuntur.

ET PRÆTORIS SECUTI] In danda bonorum possessione ab intestato. *unde liberi*, nam prætor contra tabulas filiabus non dedit, quæ vel inter cæteros exhæredatæ, *sup. pr & §. 3. cod.*

PER VIRILEM SEXUM] Quippe matri & avo materno in causa institutionis & exhæredationis liberi extranei sunt tam jure prætorio, quàm civili, *inf §. ult.*

UT OMNES] Tam filiæ & nepotes neptesque, quàm filij: & tam nascituri, quàm jam nati. Tollitur igitur hic differentia, quæ oriebatur ex sexu & gradu tam in suis, *sup in pr.* quàm emancipatis, *sup. §. 3.* tam in jam natis, quàm in posthumis, *§. 1. sup.* Differentia autem inter suos & emancipatos non tollitur, hoc est, emancipati liberi non exæquantur suis, ut & ipsis præteritis testamentum jure non subsistat.

FILII SUI VEL EMANCIPATI HABENT] Ut quemadmodum filiis suis præteritis aut non nominatim exhæredatis testamentum ipso jure nullum est, ita & filiabus & nepotibus suis. Ut filiis emancipatis non nominatim exhæredatis datur contra tabulas, ita & filiabus & nepotibus emancipatis. Thalelæus *ad l. §.* ibi, *in alijs penè omnibus nulla est inter liberos discretio, C. comm. de man.* πανταχοῦ εἶπε τὸ κοινὸν, ἐπειδὴ οἱ μὲν ἀπεξηνιοι præteriti χωρὶς ἀφωρίζουσι πάντα τὸν διαθέμενον οἱ δὲ emancipati τὰ contra tabulas ἔχουσιν.

IN UTERO CONSTITUTI] Ut & filiæ posthumæ nonnominatim exhæredatæ agnascendo rumpant, licet legatum acceperint: quod secùs erat iure antiquo, *§. 1. sup.*

NOSTRA CONSTITUTIONE] *l. pen. Cod. de adopt.* cuius sententia refertur, *§. 2. sup. de adopt.* & plenius *inf §. 14. de hær. qua ab int.*

COMMENTARIUS.

1 *Sublatio differentiæ circa effectum præteritionis & modum exhæredationis liberorum, ratione sexus.*
2 *Eorundem circa eadem exæquatio ratione graduum.*
3 *Sublatio discriminis, quod circa eadem erat in sexu inter posthumos.*
4 *Falli qui putant hoc §. tolli differentiam suorum & emancipatorum.*
5 *Quid novi circa liberos adoptivos induxerit Iustinianus.*

HUc usque relatio juris antiqui: sequitur novum introductum constitutione Iustiniani, quæ extat *l. ult. C. hoc tit.* qua ille constitutione sustulit veterum in re, de qua disputamus, differentiam, sexus & gradus liberorum, natorum & posthumorum; jussitque omnes, sive mares sint, sive fœminæ, sive filij, sive nepotes, sive jam nati, sive adhuc nascituri, æquabiliter vel institui vel exhæredari, sive de jure civili quæratur, sive de jure prætorio. Triplicem autem hoc loco causam affert, qua motus novum hoc jus constituerit; quæ tamen in summa una est, favor sexus fœminei.

Quia utraque persona simili naturæ officio] Prima ratio introducendi novi juris, quod fœminæ in procreatione liberorum eodem cum maribus officio naturæ fungantur. Et ideò in constitutione sua insurgit in auctores istarum differentiarum, quasi naturæ accusatores existant: quæ cur, inquit, non totos masculos generavit, ut unde generentur, non fiant? Ceterùm ut demus hoc verum esse, & utique hoc verum est, naturam utroque sexu ad conservationem humani generis æqualiter indigere: ratio tamen hæc tanti non est, ut propter eam ius vetus, tanquam iniquum mutari debuerit: sanè non ideò dicendus est naturam accusare, qui masculos à fœminis in successione parentum sive testamentaria sive ab intestato secernit: alioqui & ipse naturæ auctor accusandus fuerit qui filio superstite à successione patris excludit filiam. *Num. 27. v. 8.* Sunt enim & alia, maximeque iura familiæ & agnationis, ob quæ meliore conditione mares esse in causa successionis, quàm fœminas iniquum non est.

Et lege antiqua 12. tabb. omnes similiter] Ratio altera, qua argumentando à successione ab intestato ad testamentariam novi sui juris æquitatem commendat. Notum autem est, leg. 12. tab. in successione liberorum ab intestato nullum discrimen in sexu agnoscere, filiasque non minus, quàm filios ad hæreditatem intestati parentis vocare. Quin & nepotes neptesque ex filio, qui in potestate sunt, si filius suus hæres esse desiit, *l. 1. §. 2. & 4. de suis & legit. §. 2. & 6. inf. de hær. ab int.* & tamen distinctio inter sexum & gradum testamento facto est ex ratione eiusdem legis, *arg. l. 8. §. 1. de injust. rupt. test.* & certè plus est evertere testamentum, quàm ius succedendi ab intestato habere. Ait, *Quod & præteres posteà secuti videntur*, Scilicet in danda bonorum possessione

ab-

ab intestato: nam testamento facto filiabus inter cæteros exhæredatis contra tabulas bonorum possessionem nec prætor dedit, non magis quàm emancipatis aut filiabus posthumis, quibus inter cæteros exhæredatis legatum adscriptum erat, §. 1. & 3. *sup. junct. l. 8. in pr. cont. tab.*

Et in filijs & in filiabus & in cæteris, non solùm jam natis, sed etiam posthumis] His verbis tollitur tota illa veteris juris differentia circa effectum præteritionis & formam exhæredationis, quæ præcedentibus §§. ex eo jure relata est. Et primum exæquantur liberi in sexu, (pertinent autem hæ exæquationes ad utrumque jus, prætorium & civile) jubenturque tam filiæ, quàm filij, si hæredes non instituantur, nominatim exhæredari: præteritis aut non nominatim exhæredatis datur idem jus ad infirmandum patris testamentum, quod filij sui vel emancipati præteriti aut non nominatim exhæredari, illi jure civili, hi jure prætorio habent. Filiabus igitur, quæ in potestate sunt præteritis jus testamentum nullum dicendi; emancipatis evertendi per bonorum possessionem contra tabulas. Itaque quod in *pr. huius tit.* ex jure veteri traditū est, filiabus, quæ in potestate erant, præteritis testamentū non fuisse nullum, sed præteritas salvo testamento ad certam portionem accrevisse hæredibus scriptis. hic jam abrogatur, & testamentum jubetur esse inutile. Uti & illud, quod eodem loco refertur, potuisse & inter cæteros filias hasce exhæredari, eo scilicet effectu, ut & jus civile eas repelleret à jure accrescendi, & prætor à bonorum possessione contra tabulas, *l. 8. cont. tab.* Nullumq; aliud remedium eis superesset, præter unum quærelæ inofficiosi, *arg. d. l. 8. junct. §. ult. inf. hoc tit.* Nunc enim post constitutionem Iustiniani etsi exhæredatæ sunt, dum tamen non nominatim, sed inter cæteros, testamentū jure civili non magis subsistit, quàm si filius inter cæteros exhæredatus sit, patebitq; eis, ut præteritis, etiam prætorium, quod dixi, remedium, cessante quærela inofficiosi testamenti, *d. l. 8. §. 2. cont. tab. junct. §. 2. inf. de inoff. test.* Denique & illud, quod prætori satis erat ad denegandum filiabus emancipatis bonorum possessionem contra tabulas, si inter cæteros essent exhæredatæ: nunc enim tanquam præteritæ à prætore admittendæ sunt instar filiorum emancipatorū, quos non nominatim exhæredatos pro præteritis & olim prætor habuit, *§ emancipatos sub. eod.* Secundò tollitur differentia graduum, liberiq; secundi gradus & inferiorum æquantur liberis primi gradus, hoc est, nepotes, & deinceps per virilem sexum descendentes filiis, quoad utriusque juris effectum. Ac proinde quemadmodum filij sui, ita & sui nepotes & deinceps vel instituendi sunt, vel nominatim exhæredandi, iisque præteritis aut non nominatim exhæredatis, perinde testamentū ipso jure nullum erit, ac si filius qui in potestate est, præteritus aut non nominatim exhæredatus esset, cessatq; jus vetus accrescendi, quod manente testamento nepotibus quoque suis præteritis dabatur, *d. pr. hujus tit.* & prætor etiam generali tantùm clausula exhæredatos tanquam præteritos nunc agnoscit. Deinde ut filio emancipato non instituto neque nominato exhæredato prætor dat bonorum possessionem contra tabulas, ita & natis ex eo, qua pater eos non præcedit. Per *l. 3. in pr. & §. 3. cont. tab.* Tertiò tollitur differentia inter natos & posthumos, & simul quæ in sexu quoque erat inter ipsos posthumos, jubenturque & filiæ posthumæ & neptes ex filio institui aut nominatim exhæredari, perinde ut liberi jam nati & posthumi masculi; idemque jus datur filiabus & neptibus posthumis præteritis vel non specialiter exhæredatis, quod posthumi masculi habent, scilicet ut agnascendo testamentum rumpant, etiamsi legatū acceperint: quod secus erat jure veteri, *§. 1. sup. eod.* quo jure cùm nec prætor bonorum possessionem contra tabulas daret, *d. l. 18. cont. tab.* necessaria hoc casu erat posthumis fœminis quærela inofficiosi testamenti, *§. inf. de inoff. test.* nunc autem & jure civili tanquam præteritæ rumpunt, & à prætore non negliguntur. Atque hanc esse huius loci sententiam cum sequentia demonstrant, tum apertissimè *d. l. ult. vers. sancimus, & seq. C. hoc. tit.*

Vt omnes sive sui, sive emancipati sint, &c.] Hallucinatur *Bart. in auth. ex causa, C. hoc tit.* & cum eo ferè interpretes vetustiores, qui teste Curtio Iun. *in d. auth. n. 43.* & Iul. Claro *§. testam. q. 42. n. 2.* tolli quoque hoc loco putant differentiam liberorum suorū & emancipatorum. Palam enim est his verbis, *ut omnes sive sui, sive emancipati, eundem habeant effectum, quem filij sui vel emancipati habent*, non comparari emancipatos cum suis, sed cum filiis suis cæteros suos liberos, cum filiis emancipatis cæteros emancipatos eorumq; masculorum liberos, cum sexu virili sexum fœmineum, cum gradu primo gradus inferiores: ac proinde non hoc velle Iustinianum, ut emancipati sublato necessitate auxilij prætorij rediganturad conditionem filiorum suorum: verum ut filiæ, nepotes, neptes, & deinceps per virilem sexum descendentes, rediganturad conditionē filiorum, sui & suæ ad suorum, & jus, quod illi habent jure civili; alij aliæve ad emancipatorum, & jus, quod illi habent jure prætorio; ut sui suæve præteriti præteritæve aut nominatim non exhæredari exhæredatæve adinstar filij sui testamentum ipso jure evertant, alij aliæve adinstar filii emancipati

per

contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiantur. Quibus ferè verbis ipse Iustinian. utitur in *d. sua constitutione, vers. sancimus.* Thalelæus ad *l.1 §.1.C.comm.de man.* ibi, *in aliis penè omnibus nulla est inter liberos discretio:* Καλῶς ἔπο, τὸ σχεδὸν, ἐπειδὴ οἱ μὴ ὑπεξούσιοι, præteriti γηρόμμοι ἀφανίζουσι πατρικῶν ἀγαθῶν οἱ δὲ emancipati contra tabulas χουσι. Nihil pro Bart. facit, quod Iustinianum impulit ad novi Iuris constitutionem simplex & æquale liberorum jus in successione ab intestato. Imò contrà. Nam ut in causa intestati lex duodecim tabb. non distinguebat sexum & gradū in suis, prætor non distinguebat in emancipatis: ita nunc similiter in causa testamenti eandem vult servari simplicitatem iure civili in suis, iure honorario in emancipatis. Igitur nec in successione ab intestato par conditio emancipatorum & suorum fuit, nec par hic facta est à Iustiniano. Et alioqui sequeretur, nepotem ex filio emancipato in potestate retentum post constitutionem Iustiniani non potuisse ampliùs succedere in locum patris sui, & jura suorum hæredum nancisci in familia avi, nec ab avo præteritum rumpere testamentum. Quæ omnia perspicuè falsa esse constat. Et demùm longo tempore post in successione ab intestato Iustinian. emancipatos suis exæquasse apparet ex *Nov. 118.c.1.* quæ tamen exæquatio sic rectè accepta est, ut nihil ampliùs tribuat emancipatis, quàm ut iure civili hæreditatem capere possint citra beneficium prætoris; non ut ipso iure, ut sui, hæredes existant; sed ut fiant hæredes hæreditatem adeundo, sicut extranei: nec tamen hoc trahendū esse ad successionem testamentariam, inde colligo, quod testamentum ipso iure evertere maius aliquid sit, quàm ut non suis hæredibus præteritis concedi debeat.

Circa adoptivos certam induximus divisionem] *L. pen.C.de adopt.* Cuius sententia refertur, *§. 2. sup.de adopt.* Et iterùm plenius *§. sed ea, 14.inf.de her. qua ab intest.* Quid, quamobrem, hic Imperator constituerit, tribus verbis indicabo. Olim qui à patre naturali in adoptionem dabantur, transibant sine ulla distinctione in familiam & potestatem patris adoptivi: unde quamdiu constabat adoptio, pro extraneis erant patri naturali, in tantùm ut nec à prætore jure liberorum censerentur, sed cognatorum duntaxat. Emancipati autem à patre adoptivo recipiebant jus naturale liberorum, quod beneficio prætoris habent emancipati à patre naturali, dum in eo statu manent: cæterùm hoc ita, si vivo adhuc patre naturali emancipati erant, non si post mortem ejus, ne legitimis aut scriptis hæredibus semel delata aut quæsita hæreditas auferretur, *§. at bi, 10.inf.de her.ab int.* Unde cùm fieri posset, ut hic filius utriusque patris hæreditate excideret; patris naturalis, quod eo moriente adhuc esset in familia adoptiva; & simul etiam patris adoptivi, si posteà emanciparetur: huic incommodo à Iustiniano occursum est, cautumque ne liberi à patre naturali in adoptionem dati jus successionis, aliudve jus ullum, in familia eius amittant, néve transeant in potestatem patris adoptivi, extra quàm si avus nepotem ex filio emancipato in adoptionem acceperit. Hoc constituto jam per se intelligitur, ei, qui extraneum adoptaverit; nullam necessitatem imponi hunc vel instituendi vel exhæredandi, sive jus civile, sive prætorium consideres, sive etiam extraordinarium remedium quærelæ inofficiosi: sed patri naturali, in cujus potestate manet: qui autem nepotem adoptat, eum debere hunc instituere vel nominatim exhæredare, perinde ut anteà juris erat in omnibus adoptivis; & denique hunc nepotem patri suo naturali interim pro extraneo esse, *§. prec.* Hæc autem ad nos non pertinent, quibus adoptionum jura incognita, *vid. sup.de adopt.* Sed neque necessitatem exhæredandorum liberorum naturalium, si hæredes non instituantur, agnoscimus quoniam suos hæredes non habemus: valetque in his regionibus testamentum ipso iure, etiamsi filius in eo præteritus sit: eique duntaxat succurritur remedio querelæ inofficiosi. *Gudel.lib.2.de jur.nov.c.5. Grot.lib.2.manud. cap.18.* de quo plura alibi.

TEXTUS.

6. Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, & liberos suos jam natos vel posthumos nominatim non exhæredaverit, sed silentio præterierit, non ignorans, an habeat liberos, silentium ejus pro exhæredatione nominatim facta valere, constitutionibus Principum cautum est.

NOTÆ.

6. NON IGNORANS] Secùs est, si nesciverit, fortè quod falsò rumore perlatum esset, eos in rebus humanis esse desiisse, *l.9.& seq. C.de test.mil. l.7.D.eod.*

SILENTIUM PRO EXHÆREDATIONE] Ad quem effectum respiciens Ulpianus, dixit militem silentio exhæredare, *l.12.de bon.libert.*

CONSTITUTIONIBUS PRINCIPUM] Gordiani in *dict.leg.9.* & Philippi in *l.10.Cod.de test.mil.*

COMMENTARIUS.

1 *An testamentum militis subjaceat querelæ inofficioſo.*

MIlitibus jure militari teſtantibus non ſolùm remiſſæ ſunt ſolennitates, illæ externæ, numeri teſtium, rogationis, obſignationis, ſubſcriptionis, contextus, quas cives omnes jure communi teſtamentum facientes obſervare tenentur, ſed etiam intrinſeca hæc, quæ ad parentes teſtantes pertinet, liberorum ſcilicet vel inſtitutio vel exhæredatio, placetque præteritionem militis, dum non ignoret ſe liberos habere, aut uxorem prægnantem eſſe, obtinere vim exhæredationis, *l. 9. & l. ſeq. C. de teſt. mil.* ad quem effectum reſpiciens Ulpian. dixit, militem ſilentio exhæredare, *l. 12. de bon. libert.* Ait, *in expeditione occupatus.* Igitur extra & citrà expeditionis neceſſitatem ſi miles teſtamentum faciat, quia id juxta regulas juris communis ordinare debet, præteritio ejus pro exhæredatione non erit, neque civili jure, neque prætorio. Non obſtat, quod reſcriptum eſt, *l. 9. C. de inoff. teſt.* filios queri non poſſe de inofficioſo teſtamento militis vel jure militari vel civili facto. Nam ut de inofficioſo agi poſſit, neceſſe eſt ut teſtamentum rectè factum ſit & jure ſubſiſtat: at teſtamentum jure communi factum non ſubſiſtit, in quo liberi præteriti ſunt, aut ſi de emancipatis quæratur, neceſſe eſt, ut prætor eos non agnoſcat; ſi de poſthumis, ut nati non rumpant, §. 2. *inſt. de inoff. teſt.*

Non ignorans, an habeat liberos] Quod militis præteritio pro exhæredatione habeatur, voluntati ejus tributum eſt, quæ ſola teſtamentum ſuſtinet & pro jure ſervatur, *l. 1. de teſt. militis, l. 1. C. eod.* Ut autem voluntas exhæredandi obſcura non eſt, ubi quis ſcit ſe habere liberos, iiſque ſilentio præteritis alios hæredes inſtituit; ita contra deeſſe illa voluntas intelligitur, ubi cum id neſciret, fortè quòd falſo rumore perlatum eſſet, eos in rebus humanis eſſe deſiſſe, alios ſcripſit. Quod ex communi parentum omnium erga liberos affectu ſumitur, quaſi quod omninò credendum eſt, ſi ſciviſſet ſe habere liberos, eos ipſos, non alios ſibi hæredes ſcripturus fuiſſet, *d. l. 9. & l. ſeq. eod. tit. l. ſi filiusfam. 33. §. 2. eod.* Quapropter pro diverſitate liberorum per ignorantiam à milite præteritorum, aut teſtamentum hoc nullum dici poterit aut reſcindetur remedio prætorio, aut rumpetur agnatione, & in tantùm, ut nec legata ex eo præſtanda ſint, *l. militis, 36 §. 2. de teſt. mil.*

Pro exhæredatione nominatim facta] Sequitur ergò nec liberos ſuos ſcienter à patre milite præteritos teſtamentum poſſe nullum dicere, nec emancipatos admitti ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, nec poſthumum præteritum agnoſcendo rumpere. An ne igitur ſaltem querela inofficioſi dabitur, quod unum eſt exhæredatis perfugium? Nequaquam, *l. ſi inſtituta, 27. §. 2. de inoff. teſt. l. 9. l. teſt. 24. l. ult. C. eod.* Planè legitimâ eos petere poſſe per condictionem ex lege, *argum. auth. Presbyteros, C. de Epiſc. & Cler.* Gloſſa & Cyn. *in d. l. 9.* tradiderunt. Hoc autem totum jus cùm ſit ſingulare, & militum duntaxat ex privilegio, nulla ratio eſt, quamobrem cum Claro, §. *teſtam. q. 40. n. 6. Graſſ. §. teſtam. q. 7 num. 3.* & interpp. vulgò dicamus ut ſublatum eſſe *Nov. 115. c. 3.* generaliſque conſtitutione etiam milites & militaria teſtamenta contineri, hoc eſt, eos etiam jure militari teſtantes redigi ad conditionem paganorum, quantum pertinet ad neceſſitatem inſtitutionis aut exhæredationis liberorum. Quod etiam D. Viglius hic poſt Lud Roman. *in d. l. 9* obſervavit, & tandem re diligenter inſpecta probat, *D. Tulden. in C. de teſtam. milit. n. 6.* item *D. Perez. ibid. n. 12. add. Vaſq. lib. 3. de ſucceſſ. creat. §. 24. n. 51.*

TEXTUS.

7. *Mater vel avus maternus neceſſe non habent liberos ſuos aut hæredes inſtituere, aut exhæredare: ſed poſſunt eos ſilentio omittere. Nam ſilentium matris aut avi materni, & cæterorum per matrem adſcendentium tantùm facit, quantum exhæredatio patris. Neque enim matri filium filiámve, neque avo materno nepotem neptémve ex filia, ſi eum eámve hæredem non inſtituat, exhæredare neceſſe eſt, ſive de jure civili quæramus, ſive de edicto prætoris, quo prætor præteritis liberis contra tabulas bonorum poſſeſſionem promittit: ſed aliud eis adminiculum ſervatur, quòd paulò poſt vobis manifeſtum fiet.*

NOTÆ.

7. MATER VEL AVUS MATERNUS] Conditio liberorum facit, ut matris & avi materni præteritio vim exhæredationis habeat; quia matri & avo materno nec ſui hæredes ſunt, nec deſierunt eſſe ſui hæredes, *l. 4. §. 2. Cont. tab. l. 13. de ſuis & leg.*

SILENTIUM MATRIS, &c. TANTUM FACIT] Et hoc etiamſi mater ignoraverit ſe liberos habere

habere. Sed hoc casu legata & libertates non intercidunt, quia color dementiæ hic obtendi nequit, *l. 27. §. ult. & l. seq. de inoff. test.*

SIVE DE IURE CIVILI] Quo jure soli sui hæredes præteriti, sive quod nunc idem valet non nominatim exhæredati testamentum tollunt aut rumpunt, *§. 5. sup.*

EDICTO PRÆTORIS] Quo liberi emancipati, sive qui sui esse desierunt, præteriti vocantur ad contra tabulas bonorum possessionem, non qui nec sui sunt, nec esse desierunt, *d. §. 5. l. 1. l. 4. §. 2. con. tab.*

COMMENTARIUS.

1 *Quod matris præteritio vim exhæredationis habeat, id facere conditionem liberorum.*
2 *Propter eandem conditionem præteritos à matre jus antiquum scriptis accrescendi non habuisse.*
3 *Explicatus locus Pauli l. 4. §. 2. cont. tab.*
4 *Quodnam sit illud adminiculum, cujus in calce hujus text. fit mentio.*

QUod militis præteritio vim exhæredationis habet, ex privilegio est, quod matris & avi materni facit liberorum conditio, quid matri & avo materno jure civili pro extraneis sunt, *§. 3. inf. de hær qual.* Nimirum lex civilis, quæ magis familiarum conservationem spectavit, quàm naturam, non eodem modo materna bona liberis addicit, ut paterna; non sic ut filius maternæ quoque dotis viva adhuc ea dominus quodammodo existat, uti bonorum patris est. Quapropter si ea alium hæredem instituat filio præterito, nullam quod ad eam legem attinet, injuriam filio facit; cùm suum ei non adimat; & ideò frustrà etiam requiratur exhæredatio; imò nec propriè dici possit filium exhæredare, cùm exhæredare sit suam filio hæreditatem adimere: siquidem ubi non est habitus, ibi non potest esse privatio. Igitur quia mater suos hæredes non habet, & nepotes ex filia non sunt sui hæredes avo, ideo silentium matris & avi materni tantum facit, quantum exhæredatio patris. Et hoc etiamsi ignoraverint se liberos habere, contra quam in milite præterenunte jus est, *l. si instituta 27. §. ult. & l. seq. de inoff. test. facit huc l. 4. §. 2. de bon. poss. cont. tab. l. nulla 13. de suis & legit. hær.*

Sive de jure civili] Quia, uti diximus, non sunt sui hæredes, hoc est, non tales, qui vivo adhuc parente jus aliquod habeant, quod post mortem illius in iis continuetur, nisi expresè exhæredes esse jussi sint: *l. in suis hoc tit.* Quamobrem nec ad jus ei-
2 vile antiquum pertinent; quo solus filius suus præteritus testamentum infirmabat, cæteri liberi, sed sui item dantaxat præteriti, portionem scriptis hæredibus accrescendo auferebant: *sup. pr. hujus tit.* nec ad jus novum, quo omnes quidem liberi sui, sed soli præteriti, sive quod nunc idem valet, non nominatim exhæredati, nullum dicunt aut rumpunt, *§. sed hæc 5. sup. eod.*

Sive de edicto prætoris] Paulus *l. 4. §. 2. cont. tab.* scribit, edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinere ad testamenta fœminarum, addita hac ratione, quia fœminæ suos hæredes non habent. Quæ tamen ratio videri potest non esse sufficiens: non enim ad suos tantùm hæredes, sed etiam ad emancipatos, quos constat suos hæredes non esse, & vel maximè, id edictum pertinet; utpote quorum causa principaliter comparatum est, *§. 3. sup. eod.* Verùm amplius quid significare Paulus voluit, nempe edictum istud non pertinere ad eos 3
liberos non suos, qui & nunquam sui fuerunt: matrem autem, ut suos hæredes non habet, ita nec posse desinere habere: quod idcirco etiam à Gaio expressum videtur *leg. nulla 13. de suis & leg. hær.* Nimirum prætor, quo minimum à ratione juris civilis recederet, eorum dumtaxat, qui ex masculis progeniti essent, rationem habuit, & jus suitatis, quod emancipatis abstulerat capitis deminutio, rescissa ea restituit, *l. 6. §. 1. de bon. poss.* Atque ita jus à se introductum specie quadam suitatis coloravit, cujusmodi colore tegere ex fœminis natos non potuit.

Aliud eis adminiculum servatur] Potuisse totidem verbis adminiculum istud indicare. Intelligit autem querelam inofficiosi testamenti. Quod remedium cùm initio tantùm competeret liberis, qui eo quod à patre exhæredati essent, neque civili jure, neque prætorio testamentum turbare poterant, *l. 8. in pr. cont. tab.* postquam ex Senatusconsulto Orficiano etiam matris successio liberis delata est, datum quoque est exhæredatis, sive, quod hic eandem vim habet, præteritis à matre, suadente id eadem pietatis ratione. Agitur de hoc remedio *inf. tit.* 18 quo loco simul discemus, id etiam parentibus iniquè exhæredatis vel præteritis nonnunquam & fratribus dari. Cætera quoque in eundem locum examinanda rejicimus, quæ ab interpretibus disputari solent, veluti an adhuc post *Nov.* 115. *cap.* 3. præteritio matris & per matrem adscendentium pro exhæredatione sit: an liberis à patre præteritis testamentum adhuc sit irritum tam quod ad legata & cæteros articulos, quàm quod ad institutionem: an formæ exhæredationis aliquid adjectum, quo non observato testamentum, quod jure veteri subsistitisset, nunc sit nullum; aliaque ex eodem fonte manantia: & postremo etiam jus harum & vicinarum regionum, quod etiam à novissimo

Iustinianeo, quoscunque interpretes sequare, multum ostendemus recedere.

TITULUS XIV.

De hæredibus instituendis.

Ratio dispositionis, & argumentum tituli.

DICTUM hactenus de iis rebus, quas parentes cavere debent, & testamento suo complecti, si id justum ratumque esse velint; sequitur nunc ipsum testamenti formale, hæredis scilicet institutio. Ea caput & fundamentum testamenti esse dicitur, §. *ante* 34. *inf. de legat.* propterea quod sine ea testamentum consistere non potest. Dicitur & testamentum ex ea sola robur ac firmamentum capere; quia ad vim testamenti nihil aliud requiritur, quàm ut quis hæres institutus sit, utique extra necessitatem instituendi aut exhæredandi certas personas. Inde dictum, eum, qui neque legaturus quid est, neque quenquam exhæredaturus, posse tribus verbis testamentum facere, ut dicat, *Lucius hæres esto*, *l.* 1. §. 3. *hoc tit.* Hæredem instituere, est scribere vel nuncupare testamento, quem tibi velis bonorum & universi juris successorem esse. Quibus verbis institutio fiat, parum refert, modò per ea liqueat voluntatis intentio, *l. quoniam* 15. *C. de testam.* quo loco Constantinus abrogat differentiam, quam faciebat antiquitas inter verba directa & inflexa, auctore, *Ulp. tit.* 21. Titulus hic noster tres partes continet: quarum in prima agitur de iis, qui hæredes institui possunt; in altera de quota hæreditatis, quam vel unus vel plures instituti habere debeant ex ratione juris aut voluntate defuncti; in tertia de forma seu modo instituendi, atque iis, quæ institutioni benè aut perperam adjiciuntur.

TEXTUS.

Hæredes instituere permissum est tam liberos homines, quàm servos, & tam proprios, quàm alienos. Proprios autem olim quidem secundùm plurium sententias non aliter quam cum libertate, rectè instituere licebat. Hodie verò etiam sine libertate ex nostra constitutione eos hæredes instituere permissum est. Quod non per innovationem induximus, sed quoniam æquius erat, & Atilicino placuisse Paulus suis libris quos tam ad Masurium Sabinum, quàm ad Plautium scripsit, refert. Proprius autem servus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructum habente. Est tamen casus in quo nec cum libertate utiliter servus à domina hæres instituitur, ut constitutione divorum Severi & Antonini cavetur. Cujus verba hæc sunt: Servũ adulterio maculatum non jure testamento manumissum ante sententiam ab ea muliere videri, quæ rea fuerat ejusdem criminis postulata, rationis est, quare sequitur, ut in eundem à domina collata hæredis institutio nullius momenti habeatur. *Alienus servus etiam is intelligitur, in quo usumfructum testator habet.*

NOTÆ.

HÆREDES INSTITUERE] Scribere vel nuncupare, *l.* 1. §. 1. *D. eod.* Est autem hæredis institutio caput & fundamentum testamenti, §. 34. *inf. de legat.* neque enim sine ea testamentum potest consistere, § 2. *inf. de fide hær.* Quibus verbis nunc fiat, parum refert, modò per ea liqueat voluntatis intentio, *l.* 15. *C. de testam.*

QUAM SERVOS] Non minus servos, quàm liberos. Gaius *l.* 31. *eod.*

QUAM ALIENOS] Si modò eorum servi sint, quos ipsos hæredes instituere possumus: nam ex persona domini cum servis testamenti factio est, *d. l.* 31. Ulp. *tit.* 22. § 8. *l.* 12. §. 2. *de legat.* 1.

SINE LIBERTATE] Ita & *sup.* §. 2. *qui & ex quib. ca. man.* id est, omissa libertatis datione. Constitutio extat in *l. pen. C. de serv. nec hær.*

NON PER INNOVATIONEM] Quia jam olim idem quibusdam placuerat, ut mox subjicit. Quod autem obtinet, ex nova est Iustiniani humanitate. Ita concilia hunc locum cum *d.* §. 2.

PROPRIUS, &c. IN QUO NUDAM PROPRIETATEM] Et alienus, in quo nudum usumfructum habemus, paulò inferiùs. Idque rationi juris convenienter; *l.* 25. *de verb. sign.* §. 4. *sup. per quas pers. l.* 45. *de acq. hær.*

ADULTERIO MACULATUM] Apud Marcian *l.* 48. *h. t.* Unde hic locus descriptus, legitur *accusatum.* Sed legendum arbitror *maculatum* ut hic; ne obstet *l.* 8. *C. ad leg. Iul. de adult.* Græci quoque ἔνοχον ὄντα τῇ μοιχείᾳ, non κατηγορούμενον. Et ad *l.* 1. *C. qui non poss. ad lib.* ἀπονοηθέντα ἐπὶ τῇ μοιχείᾳ *suspectum, &c.*

COM-

COMMENTARIUS.

1 *Qui olim & in quantum hæreditatem capere non potuerint.*
2 *Qui & in quantum hodie hæredes instituí vetentur.*
3 *Institutionem servi alieni sustineri ex persona domini, proprij ex consequentia libertatis.*
4 *Quid juris in servo communi ab uno è dominis hærede instituto.*
5 *Quid in instituto à Domino nuda proprietatis.*
6 *Quam rationem habeat casus specialis hic relatus.*
7 *Quid si servus hæres institutus sit à fructuario.*

TAm liberos homines, quàm servos] Υστερολογία: nam dicendum potius erat, *tam servos, quàm liberos*, hoc est, non minus servos, quàm liberos; quomodo hoc expressit Gaius *l. non minùs 31. hoc tit.* quoniam de liberis res certior. De liberis autem hominibus nihil amplius hic traditur, quàm quod hæredes instituí possunt. Et an ergo possunt omnes promiscuè & sine exceptione? nequaquam. Nam primùm illi soli ex hominibus liberis instituí possunt, qui sunt cives Romani; peregrini non possunt, sive semper tales fuerint, sive per sententiæ severitatem ad peregrinitatem redacti sint, *l. 6. §. 2. hoc tit. l. 1. C. eod. fac. l. sunt quidam 17. §. 1. de pœn.* Peregrinorum numero erant & dediticij; erat & Latinus Iunianus, nisi quod hic capere hæreditatem poterat, si mortis testatoris tempore civis Romanus factus esset. *Vlp. tit. 22. §. 1. & 2.* Cæterùm Iustinianus differentias Libertinitatis sustulit, data libertinis omnibus civitate, *§. ult. sup de libert.* Sed nec qui cives sunt, omnes instituí aut olim poterant, aut nunc possunt. Lege Voconia cautum erat, ne, qui census esset, virginem, néve mulierem supra quadrantem suorum bonorum hæredes instituerent, *Cic. Verrin. 3 de præc. urb. & in orat. pro Balb. Dio. l. 56. Gell. lib. 20 c. 1.* Lege Iulia maritandis ordininibus vetabantur cœlibes, nisi qui genere essent proximi quicquam ex testamento civis Romani capere. *Vlp. d. tit. §. 2.* ita tamen, nisi intra centum dies legi parerent, hoc est, matrimonium contraherent: idem *Vlp. tit. 17.* Eadem lege vetabantur orbi plus capere ab extraneo, quàm dimidiam partem eorum, quæ relicta erant; pars altera fiebat caduca, id est, fisco cedebat. Lege decimaria non amplius conjugi ex conjugis testamento capere licebat, quàm relictorum partem decimam, idem *Vlp tit. 15. & seq.* Hinc natæ cautiones illæ de instituendis in tempus capiendæ hæreditatis ijs, qui vel omninò quicquam, vel solidum ex testamento capere legibus istis prohibebantur, *vid. l. in tempus 62. l. qui non vult 78. §. ult. hoc tit. l. cum ei, 42. si Titio, 55. §. 1. de legat. 2. l. 6. l. 11. de vulg. & pup. substit. l. 16. §. si qui 15. ad senat. Treb. l. 13. §. ult. de jur. fisc. cùm similib.* quæ nisi hinc lucem accipiant, intelligi non possunt. Posteà pœnæ cœlibatus, orbitatis, & leges decimariæ sublatæ sunt, *l. 1. & l. 2. C. de infirm. pœn. cœlib.* Quæ autem incestis nuptiis sese polluerunt, illi nec hodie aut 2
se mutuò, aut propudiosam sobolē instituere possunt, *l. 6. C. de incest. nupt.* nec mulier adulterū suum, aut hic illam, *l. 13. l. 14. de his quæ ut indign. add. D. Christiæ. vol. 1. d. 200.* Liberi naturales ex concubina nati, olim non minùs, quàm cæteri cives, non ab extraneis tantùm, sed etiam à patre, idque in solidum, hæredes instituí poterant, *l. Lucius, 45. de vulg. & pup. l. 16. §. 1. de his quæ ut indig. l. ult. de jur. delib.* (*vid. Palaot. de noth. spuriisq. fil. c. 35. & seq.* & contrà sentientes *Alciat. 4. pareg. 5. Ant. Fab. jurisp. tit. 9. pr. 2 ill. 1.*) ex constitutione Iustiniani. *Nov. 89. c. 12.* unde *auth. licet, C. de nat.* unicam tantùm unciam ex patris testamento capere possunt, si superstites sint liberi legitimi; octo uncias, si soli superstites testatori parentes. Qua in re mitior Iustinianus erga liberos naturales fuit, quàm Constantinus, *l. 1. C. de natur. lib.* aut etiam Arcadius & Honorius, *l. 2. C. eod. vid. Graff. §. institutio, quæst. 7. Palaot. d. loc.* Constitutione Leonis & Anthemij vetatur conjux conjugi secundo plus relinquere, quàm uni ex liberis prioris matrimonii, & quidem cui minimum relinquit, *l. hac edictali, 6. C. de sec. nupt.* Porrò Principum Christianorum constitutionibus vetantur hæredes instituí apostatæ, *l. 3. C. de apostat.* item hæretici, *l. 4. C. de hæret. & Manich.* quod tamen non de omnibus, qui pro orthodoxis habiti non sunt, accipiendum esse arguit constitutio Iustiniani. *Nov. 115. c. 3.* ubi ἑτεροδοξίαν, ponit inter justas causas exhæredationis, & exclusionis à successione ab intestato. Rationis autem est, ut qui ab intestato succedere potest, etiam hæres rectè instituatur. Hæc non debuerat Tribonianus intacta relinquere, qui de servis tam accuratè disserit.

Et tam proprios quàm alienos] Cum servis, qua servis, non est testamenti factio, sed quatenus per eos hæreditas perventura est ad cives Romanos, aut ipsi cives futuri. Igitur in servo alieno persona domini spectatur, & sustinetur institutio; si dominus civis Romanus sit, & jus capiendæ hæreditatis habeat, perinde quasi ipse per servum institutus esset, *l. non minus 31. l. si paterfam. 40. hoc tit. l. 10. de acq. rer. dom.* Quod si mihi cum domino non sit testamenti factio, putà quia peregrinus est, aut capere ex meo testamento vetatur, nec cum servo eius erit, *arg. l. l. non minus hoc tit. fac. l. 12. §. 2. de legat. 1. l. si Titio 55.*

§. 1. *de legat. 2. Vlp. tit. 22. § alienos, 8.* Vide tamen, quæ notamus ad *§. in extraneis, 4. inf. de hær. qual. & diff.* In servo autem proprio institutio eadem ratione defendi non potest, ut scilicet dicamus, eam sustineri ex persona domini; quippè qui ipse testator est: sed aut nulla erit, aut si eam valere volumus, necesse est ut simul consequatur libertatem.

Olim non aliter quàm cum libertate, hodie etiam sine libertate] Plerique veterum in sententia fuere, ut putarent, servum proprium non aliter rectè hæredem institui, quam cum libertate; non ausi per consequentiam datæ hæreditatis libertatem servo defendere, ob rationem, quam indicavimus, *sup. qui & ex quib. ca. manum. §. 2.* Iustinianus verò etiam omissa libertatis datione institutionem valere voluit, & perinde haberi, ac si simul liber esse jussus esset, *l. pen. C. de nec. serv. hær.* quod cùm humanitas & favor libertatis suadet, tum etiam voluntati testatoris consentaneum est: quippè, qui hoc ipso quod servum suum hæredem esse vult, non obscurè significat, velle se etiam ut liber sit; cùm absque eo nec hæreditatem obtinere possit. Et cur, quod in servo proprio tutore sine libertate dato veteres admiserunt, ut hoc ipso, quod tutor datus est, libertas quoque ei imposita videatur, *l. quæro, 32. §. 2. de test tut §. 1. sup. qui test. tut. dar.* non admittatur itidem in servo simpliciter hærede scripto eadem voluntatis conjectura? Ita argumentatur Iustinianus *d. l. pen.* In tutore dato accedit quidem & favor pupilli, *l. 10. §. ult. de testam. tut.* Cæterùm quidem testator hæredem instituit, eum vicissim majore prosequitur affectu atq; honore, quàm quē liberis tutorem dat. Enimverò consequentiam legati vel fideicommissi servo proprio sine libertate relicti libertas servo non defenditur, *d. l. pen. §. illo, 2.* quantumvis & legatum sine libertate inutile sit, *l. servus, 76. hoc tit.* neque enim hic idem favor est, & ex d. constitutione Iustiniani voluntas testatoris aliquo modo exitum habere potest.

Quod non per innovationem] Suprà tamen, *§. 2. qui & ex quib. ca. man.* profitetur, se id nova humanitatis ratione constituisse. Utrumque suo sensu verum est. Nihil innovavit, quatenus spectamus sententiam paucorum, inter quos & Atilicinus, fuit, quibus iam olim, quod hic constituitur, placuit. At novum jus constituit, quatenus spectamus id, quod receptum erat ex plurium sententia, qui negabant, servum proprium sine libertate hæredem institui posse, *Vlp. tit. 22. §. 10.* & sententiæ istius abrogationem.

Proprius autem servus etiam, &c. in quo nudam proprietatem.] Servus proprius vel in solidum est, sive unius domini proprius; vel pro parte & pluribus proprietate communis: & iterùm vel proprius est pleno jure, vel nuda tenus proprietate. Videamus ergò, an quod hic constitutum est de servo proprio hærede instituto, etiam ad servum communem ab uno è dominis institutum, & ad eum quoque, in quo alius usumfructum habet, pertineat. De communi servo ita jus vetus fuisse constat, ut si unus è dominis libertatē ei imposuisset, eo casu pars ejus amitteretur, & socio accresceret, *§. ult. sup. de donat.* ac proinde socio quoque hæreditas acquisita fuit, si is servus simul hæres ab altero institutus fuisset. Iustinian. autem, quod soli milites ex speciali concessione habebant, videlicet ut liceret militi servum communē libertate donare, eo effectu, ut socius hoc casu partem suam vendere teneretur & accipere pretium, voluit jus esse commune omnium civium, *l. 1. pr. & §. 1. C. de com. serv. man.* Post quam constitutionem certum est servum communē, quem unus è dominis & liberum & hæredem esse jussit, & libertatem & hæreditatē consequi, pretio partis, quam alter in eo habet, oblato. At nihil definit constitutio de servo communi simpliciter ab uno hærede instituto, non facta mentione libertatis. An dicemus, & hic libertatē perinde pro adscripta haberi, ac si servus in solidū proprius hæres simpliciter institutus sit, arg. hujus loci? & id quidem D. Vigl. placere video. Sed vereor, ut defendi possit. Nam ut omittam tritum illud de nō admittenda extensione in correctoriis, verba ipsa constitutionis *in fin. §. 1. & hoc moriturus dixerit*, extensionem illam non ferunt, ut benè observavit D. Bachov. Et quia ratione partis, quam socius habet, servus alienus est, quidni quod responsum est de legato servo communi relicto, totum id ad socium pertinere, *l. verum, 63 §. si servo. 9. pro soc. l. Plautus, 49. in pr. ad leg. Falc.* idem dicimus de servo communi hærede simpliciter instituto, socium nimirū per eum servum videri institutum & hæredem fieri? De servo, in quo testator nudā proprietatem, alius usumfructum habet, ait hoc loco Iustinian. eum etiam proprium intelligi testatoris, idque convenienter rationi juris, *l. rectè dicimus, 25. de verb. sign.* Et ergò etiam hic servus à domino nudæ proprietatis hæres institutus, sive cum libertate sive simpliciter, ex constitutione Iustiniani & liber & hæres erit, *d. l. pen. C. de nec. serv. hæc inst.* Neque enim quod de servo communi simpliciter instituto diximus, socium per eum hæredem fieri, locum habet in fructuario, cui hæreditas acquiri non solet, *§. de iis, 4. sup. per quas pers.* Quid ergò fiet de fructuario? An liber factus nihilominus operas fructuario interim præstari tenebitur, atque ex re ejus acquiret, quamdiu durat ususfructus;

ctus; an verò pretio ususfructus dato defungetur? Illud, si sequimur constitutionem *leg. 1. C. comm. de man.* Hoc, si putamus, ad hunc servum etiam pertinere, quod pauca tempore post de communi servo constitutum est, *leg. 1. C. de com. serv man.*

Est tamen casus, &c.] Refertur hic ex *l his verbis, 48. §. 2. hoc tit.* casus singularis, quo servus proprius hæres institui non potest, ne cum libertate quidem, cui locus est in muliere adulterii postulata. Hæc prohibetur servum suum suspectum criminis antè finitam cognitionem manumittere: quod ideò 6 provisum est, ne mancipium per manumissionem quæstione subducatur, *l. propexit, 12. qui & à quib. man.* Cùm igitur lex manumissionem & libertatem impediat, nec institutio hæredis in hujusmodi servum collata valere potest. Ait, *servum adulterio maculatum*, id est, suspectum, fama & opinione vulgi inquinatum: siquidem duos adulterii reos simul marem & fœminam ex eadem causa fieri lex Iulia vetabat; ordine tantùm peragi poterant, *l. 8. C. ad leg. jul de adult.* ac proinde etiam in *d. l. 48. §. 2.* unde hæc sumpta sunt, eodem modo, ut hic, legendum esse arbitror; non ut ibi, *adulterij accusatum.* Theophilus vertit, ἔνοχον ὄντα τῇ μοιχείᾳ, *obnoxium impudicum*, non dixit, κατηγορούμενον.

Alienus servus, in quo usumfructum, &c.] Igitur hic servus à fructuario hæres institutus, nec hæres nec liber erit, sed hæreditatem acquiret proprietario, adinstar servi plane alieni, § *leg. vers. alien. quoque* Et verò post mortem fructuarii finitur ususfructus & consolidatur cum proprietate. Sed etsi liberum simul eum esse jusserit, adhuc idem dicendum est: quoniam alieno servo libertas inutiliter datur: neque huc accommodari potest pars constitutionis Iustinianeæ, *l. 1. vers. sin autem, C. comm. de man.* de servo à vivente fructuario manumisso, ne scilicet is cogatur servire proprietario, quamdiu constat ususfructus; quia ut dictum est, morte fructuarij ius illius omne extinguitur.

TEXTUS.

1. *Servus autem à domino suo hæres institutus, siquidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber, hæresq; ei necessarius: Si verò à vivo testatore manumissus fuerit, suo arbitrio adire hæreditatem potest; quia non fit hæres necessarius, cùm utrumq; ex domini testamento non consequatur. Quod si alienatus fuerit, jussu novi domini adire hæreditatem debet, & ea ratione per eum dominus fit hæres: nam ipse alienatus neque liber, neque hæres esse potest, etiamsi cum libertate hæres institutus fuerit: destitisse enim à libertatis datione videtur dominus; qui eum alienavit. Alienus quoque servus hæres institutus, si in eadem causa duraverit, jussu ejus domini adire hæreditatem debet. Si verò alienatus fuerit ab eo, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam adeat, debet jussu novi domini adire. At si manumissus est vivo testatore, vel mortuo antequam adeat, suo arbitrio adire potest hæreditatem.*

NOTÆ.

1. IN EADEM CAUSA] Id est, in eadem conditione servitutis, ut neque manumissus post factum testamentum, neque alienatus fuerit.

NECESSARIUS] Vid. §. 1 *inf. de hær qual.*

NON CONSEQUATUR] *l. propen. h. t l. 6. §. 3. eod.*

DESTITISSE A LIBERTATIS DATIONE] Quod si testator eum posteà redemerit, reviviscit libertas & institutio, *l 9. §. 16. l. 50. eod.* Hinc autem intelligimus regulam juris civilis traditam, *l 13. §. 1. de lib. & post.* solùm procedere, cùm servus in eadem causa manet.

IUSSU NOVI DOMINI] *l. 62. §. 1. de acq. hær. l 2. §. ult. de bon. poss. sec. tab.* ubi hæreditatem sive bonorum possessionem cum domino ambulare Ulp. ait.

SUO ARBITRIO] Ulp. *tit. 22. §. 11.* Licet igitur institutio servi alieni ex persona domini sustineatur: videtur tamen simul & personæ servi ratio haberi, *l. 82. §. 2. de leg. 2. l. 5. de serv leg. l. 40. h. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Servo proprio hærede instituto, quis circa acquirendam hæreditatem institutionis effectus, & n. 2.*

3 *Quid circa idem institutum servo alieno.*

HOc constituto, non minùs servos posse hæredes instituti, quàm homines liberos, perrò nunc quæritur de effectu institutionis servi circa acquisitionem hæreditatis, primùm in servo proprio, deinde & in alieno, in utroque autem ita distinguitur, ut referat, utrùm in eadem conditione servus manserit, an non manserit, propterea quod vel manumissus sit, vel alienatus. De servo proprio hærede instituto ait, *Siquidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber hæresq; neces-*

necessarius. In eadem causa, hoc est, in eadem conditione servitutis, ut neque à domino post factum testamentum manumissus, neque alienatus fuerit. *Hæres necessarius:* ideò sic dictus, quia sive velit, sive nolit, post mortem domini protinus liber & hæres fit, §.1. *inf. de hær. qual.* Quod cùm in eorum gratiam initio institutum esset, qui cùm solvendo non essent, ignominiam bonorum venditionis in hæredes suos derivare, quàm suæ memoriæ reservare malebant, §.1. *sup. qui & ex quib. ca. man.* posteà generaliter obtinuit, ut ostendit hic locus. Ratio autem hujus rei haud dubiè hæc est; quod cùm honori testatoris nonnihil decedat, si repudietur ejus hæreditas, visum sit, id servo licere non debere, in quem testator simul cùm hæreditate contulit inæstimabile beneficium libertatis. Quin etiam ex constitutione iuris civilis libertas & hæreditas ita coniuncta sunt, ut neutrum separatim servo adimi possit, neque libertas sola, neque sola hæreditas, *l.*13. §.1. *de lib. & posthum. l.*6. §. *hoc tit.*

Quod si à vivo testatore manumissus, &c.] Casus contrarius, quo scilicet servus proprius hæres institutus in eadem conditione non mansit, duplex est; vel quia post factum testamentum manumissus est; vel quia alienatus. Manumissus suo arbitratu hæreditatem adibit: quia non fit hæres necessa-
2 rius, qui hæreditatem duntaxat, non etiam libertatem ex testamento domini consequitur, *l. antep. hoc tit. l.*6. §.3. *eod.* Utique tamen probè facturus est, si pro beneficio libertatis antè adeptæ hanc gratiam patrono referat, ut suscipiat ejus hæreditatem. Alienatus nec liber nec hæres sit, etiamsi cum libertate hæres fuerit institutus: hoc enim ipso quod alienatus est, mutata voluntas domini, & revocata datio libertatis intelligitur, ut jam perinde haberi debeat, ac si jam tempore testamenti facti alienus fuisset; ac proinde jubenti novo domino hæreditatem acquiret, *l.*9. §. *servus,* 16. *l. servum,* 50. *h. t. l. sermo* 47. *de cond. & dem. l. quæsitum,* 91. §3 *de legat.*1. Enimverò si testator eum posteà redemerit, reviviscit, ut ita dicam, libertas & institutio, *d. l.*9 §.16. *d. l.*50. *hoc tit.* Hinc autem intelligimus, regulam juris civilis traditam, *leg.*13. §.1. *de lib. & posth.* tunc solùm procedere, cùm servus in eadem causa manet: nam si alienatus fuerit, necesse est fateri, inutilem esse libertatis dationem: quod & Viglius notat.

Alienus quoque servus] Suprà dictum est, etiam servum alienum hæredem instituì posse: cæterum sustineri institutionem non ex persona servi, sed ex persona domini, civis sc. Romani, quasi ille ipse mediatè per servum institutus videatur. Nimirum ut servi etiam hac in re dominis suis utiles esse possint, receptum est, ut persona dominorum iis ad tempus accommodetur, cùm alioqui cum servis non sit testamenti factio. *l. non minùs.* 31. *hoc tit. l. debitor,* 82. §.2. *de legat.*2. Nunc hic itidem de effectu istiusmodi institutionis quæritur, quemadmodum paulò antè quæsitum fuit de effectu institutionis servi proprij.

Si in eadem causa, &c.] In alieno servo hærede instituto iidē casus distinguuntur, qui in proprio: nam aut mansit in eadem causa, & dominum suum
3 hæredem facit, nempè si iussu eius adierit, §.3. *sup. per quas pers.* aut non mansit, vel quia alienatus est, & iubenti ei domino hæreditatem acquirit, cuius in potestate est tempore aditionis, *l. Antistius,* 62. §.1. *de acq. hær. l.*2. §. *ult. de bon. poss. sec. tab.* quo loco Iurisconsultus, hæreditatem sive bonorum possessionem ambulare cum domino: vel quia manumissus est, quo casu suo arbitrio hæreditatem adire eamque sibi acquirere potest, *Vlp. tit.*22. §.11. Et igitur licet persona domini in huiusmodi institutionibus inspiciatur, ut sit cùm servis testamenti factio: videtur tamen simul & personæ servi ratio haberi, *fac. l. debitor,* 82. §.2. *de legat.*2. *l.*5. *de serv. leg. l. si paterfa.*40. *hoc tit.* Illud notandum est, servum alienum cum libertate fruſtrà hæredem instituì in tantùm, ut etsi is posteà testatoris esse cœperit, nihilo magis liber aut hæres fiat, *l. si alien.*49. *hoc tit.*

TEXTUS.

2. Servus etiam alienus post domini mortem rectè hæres instituitur: quia & cùm hæreditariis servis testamenti factio est: Nondum enim adita hæreditas personæ vicem sustinet, non hæredis futuri, sed defuncti: cùm etiam ejus, qui in utero est, servus rectè hæres instituatur.

NOTÆ.

2, POST DOMINI MORTEM] Non ita, *Stichus post mortem Titij domini sui hæres mihi esto,* ut malè Th. sed ita, *Stichus servus Titij defuncti hæres mihi esto.*

NONDUM ADITA HÆREDITAS PERSONÆ VICEM] Ratio dubitandi, quia tempore facti testamenti servus nullius est, *l.*64. *h. t.* Ratio decidendi, quia jacens hæreditas personæ defuncti locum interim obtinet, & pro domino habetur, *l.*31. §.1. *eod. l.*34. *l.*61. *de acq. rer. dom. inf. de stip. serv. in pr.*

NON HÆREDIS FUTURI, SED DEFUNCTI] *dd. loc. cum simil.* Imò non defuncti, sed hæredis futuri,

futuri, *l.24. de nov.* Solve: hæreditas qua iacens considerata defunctum repræsentat, ut actus ex persona eius vires capiat, *l.52.h.t.l.33.§. ult.de acq. rer. dom.* adita verò videtur retrò repræsentasse personam hæredis, cui soli eventu inspecto acquiritur, *d.pr.inf.de stip.serv.*fac.*l.73. §.1.de verb. obl. l. 28.§.ult.l.35.de stip.serv.*

EIUS, QUI IN UTERO EST, SERVUS] Hoc eandem planè rationem habet, *l.64.h.t.*

COMMENTARIUS.

1. *Diversa consideratione rectè dici, iacentem hæreditatem repræsentare & personam defuncti, & personam hæredis.*
2. *Cur servus posthumi alieni hæres institui potuerit, ipse posthumus alienus non potuerit.*

CUm servi alieni institutio, ut dictum est, sustineatur ex persona domini: quæsitum est, an servus alienus rectè hæres instituatur etiam post mortem domini, hoc est, servus hæreditarius. Dubitandi causa ex eo, quod in proposito persona domini, qui nullus est tempore facti testamenti, *l. eius servum 64.hoc tit.* servo accommodari non possit. Placuit tamen nihilominus, rectè hunc servum hæredem institui, quasi per interpositam hæreditatem à defuncto adhuc, ut ita dicam, personetur: quippe hæreditatem iacentem defuncti locum interim obtinere, & pro domino tantisper fictione juris haberi, *l.non minus 31.§.1.hoc tit.l.hæreditas 34. l.hæreditas 61.de acq.rer.dom.l.13. §.2. ad leg. Aquil. l. 15.de inter.in jur.l.9.C.depos.cum similib.*

Non hæredis futuri, sed defuncti] Hoc totidem quoque verbis traditur, *d.l.34. de acquir.rer.dom.* alibi simpliciter dicitur, hæreditatem obtinere defuncti locum *d.l.31. hoc tit. & inf.de stip. serv.in pr.* Apud Pomponium tamen contra scriptum legimus, hæreditatem interim sustinere personam hæredis, *l. novatio 24 in fin.de novat.* quod & ratio juris efficere videtur; siquidem qui postea hæres extitit, ex mortis tempore defuncto successisse intelligitur, sive quod idem valet, retrò agitur hæreditas, quamvis postea adita, & cum tempore mortis continuatur, *l.hæres 54.de acq.hær. l.omnis 138, l.omnia 193.de reg. iur.* Sunt, qui putant, non satis inter veteres hac de re convenisse, inter quos & D Hotomannus est. Nolim ego temerè eò decurrere. Videamus, an non utrumque rectè dici possit, hæreditatem repræsentare & personam hæredis & defuncti, diversa consideratione. Etenim si eventum spectamus aditæ hæreditatis, persona hæredis repræsentari rectè dicitur: hac enim consideratione servus hæreditarius rectè stipulatur hæredi futuro, *l.si ex re.28.§. ult. l. servus 35.de stip. serv.* nullamque vim habere dicitur stipulatio servi hæreditarii, nisi adita sit hæreditas, *l.interdum 73. §.1.de verb. obl.* item per servum acquiri hæreditati, ac per hoc etiam hæredi posteà facto, *inf. de stip.serv.in pr.* At si inspicimus tempus illud, quo servus hæreditarius hæres instituitur, nimirum iacentis hæreditatis, si actum valere volumus, necesse est, dicamus, hæreditatem sustinere personam defuncti: neque enim actus in suspenso esse potest: & incertum est, an is, qui scriptus est, unquam hæres extiturus sit: idque Gaius significat, *l.in eo 33. §.ult. de acquir. rer. dom.* cùm ait, quotiens servus hæreditarius stipulatur, vel per traditionē accipit, actum ex persona defuncti vires sumere. Eademque consideratione Paulus *in l.servus 52.hoc tit.* servum hæreditarium institui posse ait, si modo testamenti factio cum defuncto fuerit, licet cum hærede instituto non sit. Et igitur hæreditas, qua iacens considerata defunctum repræsentat, adita retrò, videtur repræsentasse personam hæredis.

Cum etiam eius, qui in utero est, servus] Confirmat quod de institutione servi alieni post mortem domini dixerat, exemplo servi, cuius dominus in utero est, sive servi posthumi alieni, nam & hunc servum ait rectè hæredem institui. Iavolenus contra, hoc ex illo probat, *l.eius servum 64. hoc tit.* Hic iterum videtur obstare ratio juris, utique veteris, quo jure posthumus alienus hæres institui non potuit, *inf. de bon poss.in pr.* Hoc enim posito, consequens omnino esse videtur, nec servum huius posthumi rectè hæredem institui, cùm, ut iam aliquoties dictum, testamenti factio cum servis ex persona domini introducta sit. Sed animadvertendum est, servum hic dici eius, qui in utero est, respectu habito ad casum, quo is natus & hæres factus erit: institutionem verò vires capere non ex persona eius, qui in utero est, sed defuncti, cum quo sufficit, testamenti factionem fuisse, etiamsi cum hærede scripto non sit, *l.servus 52.hoc tit.* Adhæc in universum institutio servi alieni non ita comparata est, ut institutus semper dominum, in cuius potestate est tempore facti testamenti, hæredem faciat; nam alienato eo novus dominus hæres fit; manumissus ipse ad hæreditatem admittitur: quod & tunc obtinet, cùm servus eius, qui capere non potest, institutus est, *l.servus 81.de acq.hær.* atque hinc clarissimè patet, verum esse quod diximus, *sub §. prec.* in his servorum institutionibus etiam servorum, qui instituuntur, personam spectari.

TEXTUS.

3. *Servus autem plurium, cum quibus testamenti factio est, ab extraneo institutus hæres unicuiq; dominorum, cujus jussu adierit, proportione dominij acquirit hæreditatem.*

NOTÆ.

3. AB EXTRANEO] Ab uno ex dominis instituitus, acquirit cæteris per *l.* 63. §. 8. *pro soc. l.* 49 *ad. leg. Falc.*

PROPORTIONE DOMINII] Si tamen unius tantùm jussu adierit, cæteris non jubentibus adire, tacito iure partes ei accrescent, *leg.* 67. *de acq. hær.*

COMMENTARIUS.

DE servo communi hærede instituto ab uno ex dominis egimus in explicatione principii huius tit. sub fin. hic agitur de servo plurium qui hæres institutus est ab extraneo. Ait, hunc servum unicuique dominorum, cuius iussu adierit, hæreditatem acquirere, idque non pro parte virili, sed dominica. Jussum domini præcedere debere constat, ac sine eo servum hæreditatem adeundo nihil agere: de quo *sub* §. 3. *sup. per quas pers.* Quid ergo, si unius jussu adierit? Ne sic quidem hunc interim pro majore parte, quàm dominica, hæredem facit: cæterùm sociis posteà non iubentibus adire tacito jure partes ei accrescent, *l. servus* 67. *de acq. hær. add. l. ult de vulg. & pup. l. si servus* 50. *de legat.* 1. §. *ult. inf. de stip. serv.*

Cum quibus testamenti factio] Hoc additum, quia, ut jam sæpè diximus, quos ipsos hæredes instituere non possumus, eorum nec servos possumus, *l. non minus* 31. *hoc tit.* Excepto quod servi eorum, qui non absolutè incapaces sunt, sed κατὰ τι duntaxat, cuiusmodi olim erant fœminæ, orbi, cœlibes. *vid. sup. pr.* instituti ab eo, ex cuius testamento domini capere non possunt, & antequam dominorum iussu hæreditatem adeant, alienati novum dominum hæredem faciant, manumissi ipsi ad hæreditatem admittantur, modò nihil in fraudem legis factum sit, *l. si servus* 82. *de acq. hær. fac. l. si Titio* 55. §. 1. *de leg.* 1.

TEXTUS.

4. *Et unum hominem & plures, usque in infinitum, quot quis hæredes velit, facere licet.*

NOTÆ.

4. USQUE IN INFINITUM] εἰς ἀπείρωντον, Th. Sententia est, certum numerum hæredum instituendorum nemini præscriptum esse, sed totum hoc arbitrio testantis permitti.

COMMENTARIUS.

USQUE *in infinitum*] εἰς ἀπείρωντον. Infinitum autem accipe pro indefinito incertoq; hæredum numero, non pro multitudine, quę extremis careat: quomodo & alibi sæpè hoc verbum usurpatur, *l. qui restituere* 68. §. 1. *de rei vend. l.* 4. §. 2. *de in lit. iur.* Sensus igitur huius §. est, posse testatorem tot hæredes instituere, quot ei placuerit: nimirum certum numerum hæredum instituendorum nemini lege præscriptum esse, sed totum hoc arbitrio testantis permitti. Inepti autem sunt, qui ex hoc loco colligunt, posse quem instituere omnes homines, qui in mundo sunt, talis enim institutio exitum reperire non potest, neque est hominis, qui suæ mentis est compos, *vid. Gomez 1 var. resol. 2. n. 2.* Planè illud crediderim defendi posse cum D. Viglio, rempub. institutam videri, si quis simpliciter cives universos instituerit, & valere huiusmodi institutionem, quando permissum est rempub. aut civitatem hæredem instituere. Non enim idem hic semper ius obtinuit. Legimus, reges aliquot exteros populum Romanum sibi hæredem instituisse. Idem fecit & Flora meretrix. Plinius verò *lib. 5. epist. ad Calvisium* scribit, palam esse, nec hęredem institui nec percipere rempub. posse. Ab eo iure posteà iterum recessum: confer *Ulp. tit. 22. § 4. & tit. 24 § 26. l. 2. l senatus 20. de reb. dub. l omnibus 26. ad sen. Treb. l. civitatibus de legat. 1. l. 12. C. hoc tit.*

TEXTUS.

5. *Hæreditas plerumque dividitur in duodecim uncias; quæ assis appellatione continentur. Habent autem & hæ partes propria nomina ab uncia usque ad assem; ut puta hæc sextans, quadrãs, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextanx, deunx. Non autem utiq; semper duodecim uncias esse oportet: nam tot unciæ assem efficiunt, quot testator voluerit: & si unum tantùm qui ex semisse (verbi gratia) hæredem scripserit, totus as in semisse erit*

Neque

Neque enim idem ex parte testatus, & ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur. Et è contrario potest quis in quantascunque voluerit plurimas uncias suam hæreditatem dividere.

NOTÆ.

5. IN DUODECIM UNCIAS] Hæc solemnis est hæreditatis distributio *l.13.§.1. h.t.* quia perfectus est numerus duodenarius. Diod. Sic. *eclog.*40. Galen. *d. cui an. pec. not. & med.* τελειότητος σύμβολον, Hermias in *Phæd. Plat.* Τὸ ἀριθμῶν μυστικώτατος. Aristid. περὶ μυθ, add. Cuiac. ad *d.l.*13. Duar. 2. *disp.*36. Fabrot. *ad Th.*

NON SEMPER DUODECIM UNCIAS] Non est necesse, ut semper distributio fiat in 12. uncias: sed potest testator vel in plures vel in pauciores uncias hæreditatem dividere, *d. l.*13.§.1.2.3. *& ult. l.*18. *eod. l.*13. *C. de lib. & post.* Paul. 3 *sent.*4. Potest & in partes naturales dividi, puta in duas dimidias, tres tertias, &c. *l.*2.§.7. *de collat. l.*76. *de acq. hær.*

UNUM EX SEMISSE] Vel ex una aliqua alia parte hæreditatis. Idemque est, si quis institutus ex re certa, veluti ex fundo: perinde enim habetur, ac si rei mentio facta non esset, *l.*1.§.4. *l.*9.§.13. *h.t. l.*41. *in fin. de vulg. & pup.* nisi cohæredem habeas indefinitè aut ex parte hæreditatis scriptum, tunc enim legatarii loco est, *l.*13. *C. h.t.*

EX PARTE TESTATUS] *l.*7. *de reg. iur.* Ex postfacto tamen vi ipsa pro parte quis intestatus fieri potest, rescisso vid. pro parte testamento, *l.*15. *in fin. l.*24. *de inoff. test.*

NISI SIT MILES] Miles etiam ab initio pro parte tantùm testatus decedere potest, *l. pen.* §.2. *de castr. pec. l.*6. *l.*19. *de test. mil. l.*2. *C. eod.* quippe qui hic duorum velut hominum personam sustineat, *l.*17.§.1. *eod.* Igitur si miles unum tantùm v.g. ex semisse hæredem scripserit, quantum ad alterum semissem intestatus decessisse intelligetur, & locus fiet legitimis hæredibus *l.*19. *l.*37. *de test. mil.* & ita etiam in specie, *l.*6. *eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Assis eiusque partium usus, quàm frequens & quibus in rebus fuerit.*
2. *Licere testateri in quot voluerit partes hæreditatem distribuere.*
3. *Quod unus tantùm, vel ex certa parte hæreditatis, vel ex certa re institutus, omnium bonorum hæres fiat, magis esse ex subtilitate iuris, quàm ex defuncti voluntate.*
4. *Quam rationem habeat, quod ius civile non patitur eundem testato & intestato decedere.*
5. *An testator possit prohibere jus accrescendi.*
6. *In militaribus testamentis regula superiori non esse locum.*
7. *Quantum mores hodierni dissideant à jure civili Romanorum.*

SEquitur pars altera huius tit. in qua agitur de eo, quod vel unus vel plures hæredes scripti ex ratione juris & voluntate testatoris consequantur; quæ res ut commodius proponi, & perfectius intelligi possit, antè docere voluit, in quot partes hæreditas plerumque dividatur, civili scilicet & solemni distributione, earumque partium indicare nomina, quo eam numerato haberent studiosi disciplinæ juris: idque fecit verbis Ulpiani in *l. si servum* 50.§. *ult. h.t.*

In duodecim uncias, quæ assis appellatione] As in re nummaria est minimus æris nummus. Hinc illa ad assem reddere, ad assem omnia perdere. Cùm sermo est de ponderibus, de divisione hæreditatis aut fundi; solidum, id est, totum quid sive integrum significat, constans ex duodecim unciis, & nimirùm idem, quod in ponderibus libra aut pondo. Unde illa, ex asse possidere, *l. pen. qui satisd. cog.* in assem vendicare. *l. post emancipationem* 40.§.1. *de leg.*3. Hæres ex asse, pro quo etiam libella dixit Cicero *lib.*7. *ad Attic.* & alia plura eiusdem generis. Scribit Volus. Metianus *lib. de ponderib. in pr.* necessariam cognitu esse assis in suas partes distributionem, non solùm propter institutionem plurium hæredum, sed etiam propter innumera alia. Etenim assis eiusque partium & omninò numeri duodenarii frequentissimus apud Romanos usus fuit, non tantùm in hæreditatibus, põderibus aut mensuris; verùm etiã in divisione corporum, veluti fundi, *l.*8. *de rei vend. l. minor*, 39.§.2. *de evict.* item rerum incorporalium, ut obligationum & actionum, *§ si quis unæ 9. inf. de fideic. hær.* Usuras quoque Romani partibus assis distinguebant, easq; partiebantur in uncias, sextantes, quadrantes, trientes, quincunces, semisses, besses, &c. ut videre est *l.*7.§. *quæ autẽ* 10. *l. Titi* 47 §.4. *de adm. tut. l. liberto* 21.§.4. *de ann. legat. l*3.§. *ult. ad leg. Falc. l. creditor.*12. §. *ult. de solut. l. eos* 26. *C. de usur.* Sed & astrologi res omnes revocant ad duodecim partes, menses, horas, signa, latitudinem signorum quod notat Cujac. *ad l.*13. *hoc tit.* Causam usus huius numeri, quæ à jurisperitis tradita non est, Duarenus *lib.*2. *disp* 36. ex Galeno profert, nimirum quia nullus alius numerus in tot partes tam commodè dividatur; καὶ γὰρ ἥμισυ ἔχει, καὶ δέκατον, καὶ τέταρτον, ἕκτον τε καὶ δωδέκατον. Locus Galeni integer refertur à Duareno.

Habent hæ partes propria nomina] Refert jam

propria nomina partium assis, contentus initium feciſſe ab uncia cum Ulpiano, *d. l. 50. §. ult. hoc tit.* licet & ipſa uncia in partes minutiores dividi poſſit, veluti in duas ſemuncias, in tres duellas ſive binas ſextulas, in quatuor ſicilicos, in ſex ſextulas in 24. ſcriptula: de quibus idem Metian. *d. loc.* ubi cum vocabulis ſimul notas partiũ proponit. Varro *lib. 4. de ling. Lat. ſub. fin.* nominum rationẽ reddit, originemque explicat: Voluſ. Mæcian. *de ponderib.* ſed melius Salmaſ. *de mod. uſur. pag.* 251. Illud ſciendum eſt, hæreditatem etiam dividi in partes naturales, veluti in duas dimidias, *l. 2. §. ſi duo, 7. de collat.* in tres tertias, in quatuor quartas, *§. videamus, inf. eod.* in ſex ſextas, *l. ſi in, 76. de acq. har.*

Quot teſtator voluerit] Licet ſolemnis & uſitata
2 aſſis diſtributio in duodecim partes ſive uncias, uti dictum eſt, fiat: poteſt tamen paterfa. eam diſtributionẽ non ſequi, atque in tot partes unciaſve hæreditatem diſtribuere, in quot voluerit, ſive in plures, ſive in pauciores, *l. 13. §. 1. 2. 3. & ult. hoc tit.* Proinde ſi, verbi cauſa, tres hæredes ſcripſerit, ſingulos ex quincunce, rata eſt patriſfa. voluntas, ut ſubſtantiam ſuam partiti in quindecim uncias. Et ſi duos tantùm, unum ex triente, alterum ex quadrante, hæredes ſcripſerit, videbitur in partes ſeptem hæreditatẽ diviſiſſe, *d. l. 13. §. ult. l. Sabinus, 18. eod. l. 13. in pr. de lib. & poſth.* Atque hac eadem ratione defenditur quod reſcriptum eſt in *l. 3. C. de teſt. mil.* militem qui filiam ex unciis duabus, uxorem ex una uncia inſtituiſſet, nec de reſiduis portionibus quicquã ſignificaſſet, in tres partes videri voluiſſe hæreditatẽ dividere; non autem pro parte teſtatum, pro parte inteſtatum decedere: quamvis id militi conceſſum ſit. Sive autem plures, ſive pauciores partes teſtator fecerit, tacito jure in duodecim ſemper hereditas revolvitur, *d. leg. 13. §. 1. h. t.*

Si unus ex ſemiſſe, totus as in ſemiſſe] Quando unus tantùm hæres ſcriptus eſt, licet ex certa parte hæreditatis, putà triente, ſemiſſe, vel etiam minima, is perinde ac ſi toto aſſe inſtitutus eſſet, omnium bonorum hæreditatem conſequitur. Cæterum magis, ut opinor, ex ſubtilitate juris & propter regulam, qua nemini partim teſtato, partim inteſtato decedere permittitur, quæ etiam mox pro ratione ſubjicitur, quàm ex voluntate defuncti, quæ non tam facilè ejuſmodi interpretationem admittit, ubi unus tantùm non dato cohærede ex parte ali-
3 qua ſcriptus eſt, quàm ubi plures ex pluribus. Nam ſi, verbi gratia, tres, ſinguli ex uncia ſcripti ſunt, commodiſſimè dicitur, arbitraria diſtributione teſtatorem uſum, atque in tres partes æquales univerſam hæreditatem diviſiſſe: quod ſecus eſt, ſi unum tantùm inſtitutum proponas in quadrante ſive quarta hæreditatis parte. Quàmobrem licet illo caſu propter libertatem diſtribuendi & communem voluntatem idem obtineat in teſtamento militis, quod in teſtamentis paganorum, *l. 3. C. de teſt. mil.* hoc tamen caſu diverſum jus eſſe propter d. regulam, quæ non militum, ſed paganorum poteſtatem coercet, & uno tantùm hærede in certa aſſis parte inſtituto à pagano, hanc partem reliquas ad ſe trahere, ſi à milite, reſiduum hæredes ab inteſtato laturos, rectè judicavit D. Viglius: quod & in Græcis Inſtitutionibus diſertè expreſſum eſt, & tantùm non etiam in *l. quærebatur, 19. de teſt. mil.* Quod ſi quis ſolus inſtitutus fuerit, non ex parte aliqua hæreditatis, ſed ex re certa, putà ex fundo, perinde quaſi ſimpliciter ac ſine ulla rei mentione ſcriptus eſſet, & hic bonorum omnium hæreditatem obtinebit, *l. cohæredi, 41. in fin. de vulg. & pup.* Nam cùm harum rerum quædam inter ſe pugna ſit, ſucceſſiones univerſi juris cujuſmodi eſt hæreditas, & acquiſitionis rei ſingularis, poteſtate juris detrahitur rei mentio, & hæredi ſic, quaſi univerſaliter inſtitutus eſſet, ſuccurritur, *l. 1. §. 4. l. 9. ſi duo, 13. hoc tit.* Sed & hoc ſecùs ſe habet in teſtamento militis; quoniam & ipſum eſt ex ſubtilitate juris; atque ex vi ſuperioris regulæ, quæ ad militaria teſtamenta non pertinet, *l. 6. de teſt. mil.*

Ex parte teſtatus, ex parte inteſtatus] Ius noſtrum
4 non patitur, inquit Pomponius, eundem in paganis teſtato & inteſtato deceſſiſſe, *l. 7. de reg. iur.* quaſi hæc duo, teſtatus & inteſtatus, inter ſe naturaliter pugnent, tanquam aientia & negantia, & ideò eidem ineſſe, aut de eodem ſubjecto verè pronuntiari non poſſint, ex regula logicorum de oppoſitione. Et quidem ſine manifeſta & naturali rerum pugna dici non poteſt, unum atque eundem in totum aut ſecundùm eandem partem & teſtatum & inteſtatum deceſſiſſe: at nihil prohibet lex oppoſitionis, quominus dicamus, eundem teſtatum & inteſtatum deceſſiſſe, non ſecundùm idem, ſed ſecundùm partes diverſas. Verùm ut hic quoque pugna ſit, efficit ſubtilitas juris civilis, per quam hæres fingitur repræſentare & ſuſtinere perſonam defuncti: quæ repræſentatio ut eſt totius perſonæ, ita & totalis, atque ut eſt unius, ita & uniformis eſſe debet: hoc eſt, ut defunctus pro parte repræſentari non debet, ita nec debet per hæredes diverſi generis partim ex teſtamento partim ab inteſtato: ſed quiſquis hæres eſt, debet in totum ſubire locum & vicem demortui, eumque repræſentare uno ac ſimplici ſucceſſionis genere, vel in totum ex teſtamento, vel in totum ab inteſtato. Et hoc eſt, quod ſcribit M. Tullius *lib. 2. de invent. unius pecunia plures diſſimilibus de cauſis hæredes eſſe non poſſe: nec un-*

quam

Ministerio de Cultura 2024

quam factum esse, ut eiusdem pecunia alius testamento, alius lege hæres esset. Cujus rei hanc rationem affert. *Gomes. 1. resol. 3. n. 3. & 10. n. 27.* quod absurdum sit per qualitates contrarias, quæ in uno & eodem homine natura esse non possunt, unum & eundem per fictionem, quæ naturam imitatur, §. *minorem, sup. de adopt. l. 5. de acceptil.* repræsentari, vid. & *D. Hotom. hic.* Ego autem arbitror, naturaliter in *d. l. 7. de reg. iur* positum esse, pro eo quod recepti passim moris erat, ut & alibi interdum, *l. 16. § 4. de minor. l. 22. §. ult. locat.* Et sic quoque capiendum Ulpiani illud, *lex natura hoc est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur.* Id est, lex consuetudinis generalis ducta ab aliqua ratione naturali, *l. 24. de Stat. hom.* Nam regula ista è solis Romanorum moribus pendet, neque apud alios populos locum habet, ac ne apud ipsos quidem Romanos in testamentis militum. Ex hac porrò regula descendit, quanquam non tanquam ex causa proxima aut adæquata, jus accrescendi inter plures hæredes testamentarios, videlicet ut uno deficiente pars ejus accrescat cæteris, qui hæredes extiterunt, *l. un. C. his ita, 10. de cad. toll. l. liber homo, 59. §. 3. h. t.* Planè illud fieri potest, ut qui ab initio in totum testatus decessit, cujusque hæreditas semel ex testamento adita fuit, ex accidenti & post facto pro parte intestatus vi ipsa efficiatur, hæredique scripto portio emolumenti auferatur, rescisso pro parte testamento per querelam inofficiosi, *l. 15. in fin. l. circa, 24. & l. seq. §. 1. de inoff. test.* Cæterum hoc regulam non subvertit: quippè cui satisfactum est, si ejus, qui testamento jure ab initio facto decessit, hæreditas ex testamento adita fuerit; ad ea, quæ posteà fiunt, non pertinet, *per l. pen. §. 2. de castr. pec.* Et igitur si quis solus ex certa parte institutus sit, is nihilominus in integrum assem potestate juris vocatur. Sed quid si testator adscripserit, nolle se, ut hæres scriptus reliquas partes ferat, & ius accrescendi expressè prohibuerit? Et quidem quemadmodum nemo sine observatione legum testamentum condere potest, *l. 4. qui test. fac. l. pen. §. 2. de cast. pec.* ita nemo quoque in suo testamento cavere potest, ne leges in eo locum habeant, *l. nemo, 55. de legat. 1.* ut illud omninò manifestum sit, testatorē nulla cautione efficere posse, ut contra regulā juris civilis dissimiliter ei succedatur, & ex testamento, & simul ab intestato. Alterutrum ergo dicamus necesse est, vel cum Bart. *in l. 9. §. si duo, h. t.* & *in l. si quis 29. ad Sc. Treb.* totum testamentum ob eam prohibitionem collabi, utique tamen hæredes ab intestato teneri quasi ex fideicommisso partem testamento expressā restituere hæredi scripto, *vid. Gomez. 1. resol. 10. n. 10. & seq.* vel rato manente testamento prohibitionem insuper habendam, residuasque partes, quantumvis vetante testatore, accrescere hæredi instituto. Quæ sententia rationi juris magis consentanea est, ut ex iis, quę jam dicta sunt, perspicuè paret, & numero etiam suffragiorū vincit, testibus, *Vigl. hic, Clar. § testam. q. 74. Christin. vol. 4. decis. 11. n. 6.* Non obstat huic sententiæ, quod Ulpian. *in l. 9. §. si duo, h. t.* scribit Vasquius, *lib. 1. de succ creat. §. 3. n. 6.* objicit, institutos ex certis rebus, quasi simpliciter instituti sint, hæreditate potiri, nisi voluntas patrisfam. manifestissimè refragetur: quippè qua clausula non hoc Iurisconsultus significat, si testator prohibuerit, reliquam hæreditatem accrescere institutis, ob id aut vitiari institutionem, aut partes eas relinquendas legitimis successoribus: sed quod scripti ex inæqualibus partibus certę rei, qui alioqui ex ratione juris ex æquis partibus hæredes forent, perinde ac si nec res nec partes nominatæ essent, *d. l. 9. § si duo, & l. seq.* in manifesta testatoris voluntate hæredes ex inæqualibus partibus fiant, atque ex iis proportionaliter, quas in rebus certis expressit; veluti in specie ab Ulpiano proposita, unus ex triente, alter ex besse, quæ partes nominantur in fundo: atque inducetur hæc inæqualitas non tam ipso jure, quàm officio arbitri familiæ erciscundæ, *l. ex facto, 35. in pr. eod.* Est tamen & media sententia, quam proponit & tuetur Salicetus in *l. 13. C. de har. inst.* & à qua non aborret doctissimus Bachovius, nimirum prohibitionem suprà dictam non efficere quidem, quominus hæres scriptus ipso jure ex asse hæres fiat: cæterum hanc ejus vim esse, ut hæres ille partes reliquas, quas accrescere testator noluit, tanquam ex fideicommisso teneatur restituere iis, qui ab intestato ad hæreditatem ejus venissent, ducto argumento à simili, quale proponitur, *l. 17. & l. si quis, 29. ad sen. Treb. & §. 3. inf. quib. mod. test. inf.* Et hæc sententia mihi quoque non adeò displicet: quoniam favet voluntati morientium salva ratione juris: eoque accommodari potest clausula *in d. l. 9. §. si duo.* de qua paulò antè. Mediam sententiam excogitavit & Viglius noster: sed ille dum servare cupit voluntatem testatoris, manifestè facit adversus rationem juris, comminiscendo tacitam legitimorū hæredum in partibus, quas testator scriptum hæredē habere noluit, institutionē; qualis institutio jure nostro penitus incognita est: quod cùm nec ipse dissimulare audeat, mihi argumēto est, eum quoque omninò & sine conjectatione in Saliceti opinionē transiturū fuisse, si quis modò eam proposuisset.

Nisi sit miles, cujus sola voluntas.] Quæcunque subtilitatem magis, quàm naturalem rationem habent, ea in militaribus testamentis, eorūmve

interpretatione locum non habere ostendimus suprà *tit. de mil. test.* Inter hæc autem est & regula proposita, quæ prohibet eundem ex parte testato & intestato decedere: & ideo de paganis tantùm eam concepit Pompon. *l. 7. de reg. iur.* Igitur si miles, verbi causa, unum ex fundo hęredem scripserit, non detrahitur potestate legis mentio fundi, sed quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse intelligitur, & locus fit legitimis hæredibus, *l. 6. de test. mil. l. 2. C. eod.* quod & tunc obtinere credimus, quando unum hæredem scripsit ex parte aliqua hęreditatis, *per l. quærebatur 19. d. tit.* Sed etsi plures hæredes instituerit, & unus omiserit hæreditatem, pars omissa ad alios nō redibit, sed deferetur hæredibus ab intestato, nisi contraria ostendatur militis voluntas, *l. si duobus 37. eod.* Et quod juris est in portione bonorum, hoc idem obtinet & in temporis spatio, ut usque ad certum tempus vel ex certo tempore hæredem miles instituere possit, ut quo tempore hæres scriptus non est, intestati hæreditas deferatur, *l. 15. §. 4. l. miles ita 41 in pr. eod. vid. Duar. ad tit. de test. mil. cap. 4. Sich. ad l. 1. 2. & 3. C.*
7 *eod.* In Belgio generali consuetudine passim receptum est, ut unicuique liceat partim testato, partim intestato decedere contra dispositionem juris Romani. *D. Grot. 2. man. c. 18. Gudelin. 2. de iur. noviss. c. 5. Christin. vol. 1. decis. 51. nu. 48. & seqq. & decis. 312. & vol. 4. decis. 10. num. 3. Zypai not. jur. Belg. de testam. in pr.* Unde quæsitum est, an per hoc censeri debeat abolitum quoque esse jus accrescendi. Et quidem ubi unus tantùm ex re certa vel parte aliqua hęreditatis institutus est, non magis hic moribus nostris residuum accrescet hæredi scripto, quàm jure civili Romanorum in eadem specie ex testamento militis, sed ad hæredes ab intestato pertinebit, *arg. l. 6. l. quærebatur 19 de test. mil. l. 2. C. eod.* idque etiam farentur, *Christin. d. decis. 312 & Gudelin. d. loc.* quoniam, ajunt, in huiusmodi casibus jus accrescendi non ex conjunctione aut voluntate testatoris, sed ex legis potestate proficiscitur. Idemque haud dubiè censuerunt, si plures quidem scripti sint, sed ex partibus inæqualibus, idque propter inæqualitatem partium, quæ etiam jure Rom. accretionem impedit inter collegatarios. De quo sub §. *si eadem 8. inf. de legat.* Ego idem dixerim & si singulis singulæ partes æquales datæ, & pars aliqua vacet, veluti si tres scripti singuli ex quarta bonorum parte; videlicet partem vacantem hic non accrescere scriptis, sed jure intestati ad legitimos hæredes pertinere. Sed & si, verbi gratia, plures simpliciter instituti sint, aut in eandem partem hęreditatis vocati, & unus defecerit, adhuc dicendum videtur, non aliter partem deficientis iure consuetudinario cæteris accrescere debere, quàm si ex verisimilibus saltem coniecturis apparear, eam fuisse voluntatem defuncti; cuius rei probatio cohæredibus incumbat, ne contra voluntatē defuncti, pro parte omissa intestati, aut exitum intestati passi, plus ad eos redeat, quàm eis datum est. Hanc enim interpretationem in eadem specie veteres secuti sunt in testatore milite, *l. si duobus 37. de test. milit.* cui non obstat, *l. 1. C. eod.* quia ibi ex parte hæres institutus proponitur, qui & ipse militi ab intestato successurus erat; nimirum frater militis: & ideo nisi alii hæredes ab intestato probent, militem noluisse ea bona, de quibus quæritur, ad fratrem institutum pervenire, portio deficiēs hac ipsa ratione ad fratrē pertinebit; quia pro ea parte miles intestatus decessit. Cęterum cōtraria sententia prævaluit hac ratione, quasi ius accrescendi, in proposito non descendat ex potestate juris, sed ex voluntate testatoris, quæ ex sola coniunctione æstimetur, *D. Grot. 2. manud. c. 23. Gudelin. d. c. 5. Christin. d. decis. 51. n. 48.* ac plerisque persuasum fuit: etiam olim in testamentis militum, quamvis hi pro parte testati & pro parte intestati decedere poterant, id obtinuisse, nisi hæredes legitimi de contraria voluntate testantis docuissent, *arg. l. 1. C. de test. mil.* in dubio enim hanc præsumptionem fuisse. Quod miles uti voluerit jure communi. Qui perspicuus error est: nec veterum hanc sententiam fuisse apparet, ex *d. l. 37.* Nam posito, quod ius accrescendi ideo in militis testamento cessat, quia militi concessum, ut possit pro parte testato & pro parte intestato decedere; etiam ubi iure communi id permissum est, idem est dicendum, *vid. Anton. Fab. dec. 72 err. 5. & 6. Don. in d. l. 1. C. de test. mil. Duar. d. cap. 4. Vasq. lib 8. de succ. prog. §. 15. num. 100. & lib. 3. de succ. creat. §. 24. num. 41. & multis seqq.*

TEXTUS.

6. Si plures instituantur hæredes, ita demum in hoc casu partium distributio necessaria est, si nolit testator, eos ex æquis partibus hæredes esse. Satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos hæredes esse. Partibus autem in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, siquidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte hæres sit. Et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eandem partem concurrunt. Si verò totus as completus sit, ij, qui nominatim expressas partes habent,

bent in dimidiam partem vocantur, & ille, vel illi omnes, in alteram dimidiam. Nec interest, primus, an medius, an novissimus sine parte hæres scriptus sit: ea enim pars data intelligitur, quæ vacat.

NOTÆ.

6. NULLIS PARTIBUS NOMINATIS, EX ÆQUIS] *l.9.§.12.h.t.* fac. *l.19. §.ult. de leg.1.* Illud tamen tenendum, coniunctos unius tantùm personæ potestate fungi, v. g. si testator ita dixerit, *Titius hæres esto, Seius & Mævius hæredes sunto.* Aut sic, *Titius & fratris mei filij hæredes sunto.* Hîc coniuncti unum semissem, Titius alterum habebit, *l.13.pr.l.59.§.2. h.t.l.34. de leg.1.un.§.10.C.de cad.toll.* nisi celeritatis gratia coniunctio facta doceatur, *l.66.h.t.*

SI VERO TOTUS AS COMPLETUS] *l.17.pr.§ 3.& 4. eod.* Breviter, qui sine parte scriptus est, vacantem portionem, vel alium assem occupat, *l.ult.sec.tab.*

IN DIMIDIAM PARTEM] Id est, in semissem reducta ratione ad solennem assis distributionem: aliàs in alterum assem: eadem enim proportio est.

COMMENTARIUS.

1. *Inter institutos sine partibus pariter hæreditatem dividi, etiamsi testamento non facto inæqualiter fuissent successuri.*
2. *Quantum expleto dupondio, qui sine parte scriptus est, habere debeat.*
3. *Perperam Hotomannum* in l.17.§.ult.hoc tit. *pro triente substituere tressem.*
4. *Qua in re error Hotomanni maximè conspicuus.*

INtelleximus quid juris sit, si unus tantùm hæres scriptus proponatur, nimirum eum & solum hæredem fore, atque ex toto asse, non tantùm si simpliciter aut sine parte scriptus sit, verùm etiam si ex parte duntaxat hæreditatis, atque adeò, si ex certa aliqua re. Pergit nunc hoc §.1.& 2. *seqq.* docere Imperator, quid fiat pluribus hæredibus institutis, quæsque in portiones singuli vocati intelligantur. Distinguendi autem, ut ex progressu apparet, tres articuli. Primus est, si plures instituti sint sine definitione partium: alter, si quidam ex certis partibus hæreditatis instituti, quidam indefinitè seu sine partibus: tertius si omnes partibus expressis.

Nullis partibus nominatis ex æquis partibus] Hic primus articulus est, qui omni caret scrupulo propter evidentiam voluntatis, testatoris, qui si institutos voluisset impariter succedere, partes utique expressisset, *l.9. §. hæredes, hoc tit.* qua de causa idem quoque servatur in re pluribus non expressis partibus legata, *l.19. §. ult. de legat.1.* Quinetiam eandem voluntatis interpretationem, æqualemque partitionem sequimur, & si qui sine partibus instituti sunt, non facto testamento in stirpes aut portionibus inæqualibus, ab intestato fuissent successuri: quia testamento facto iam non jure proximitatis aut repræsentationis veniunt, sed titulo & jure institutionis ex judicio & voluntate defuncti, qui legitimæ successioni per testamentum suum derogare voluisse credendus est, nisi ex conjecturis contrarium elici possit. Ita post alios, *VVesemb. hic & in parat. eod.n. 6. Mantic. de coniect. ult. vol. lib.4. tit. 11. nu.11.* Illud in universum tenendum, si conjuncti & disiuncti commixti sint, coniunctos unius personæ potestate fungi, *l. planè 34. de legat. 1. l. un. §. his ita 10. vers. fin. vero, Cod. de cad. toll.* veluti in hac institutione: *Titius hæres esto; Seius Mævius hæredes sunto,* semissem Titius & tantùm solus feret, quantum, duo coniuncti, Seius & Mævius, *l. liber homo 59. §.2. hoc tit.* Coniuncti etiam, & vel maximè, sunt, qui nomine collectivo instituuntur, *leg.13. in pr. eod. l. ult. in fin. C. de impub. & al. subst.* de cuius conjunctionis potestate, *Mantic. d. loc. num.12. & 2. seqq. Vasq. lib 3. de succ. prog. §.21. num.33.*

Partibus in quorundam personis expressis] Hic articulus secundus est, & complectitur tres casus: nam partes adscriptæ aut non exæquant assem, aut exæquant, aut superant: duo priores hic tractantur, tertius §.8. Primum quod attinet, ait, si partibus in quorundam personis expressis adhuc aliquid assi deerit, id quod supereset, eum vel eos, quibus pars apposita non est, habituros, verbi causa, si duo scripti sint ex quadrantibus, tertium sine parte scriptum, quod ex asse reliquum est, & nimirum semissem, ablaturum. Hoc & Ulpian. *l. item quod 17. in pr. eod.* atque omni dubio hic item casus caret. Secundus est, si partes nominatæ assem exæquent sive expleant; de quo sic breviter hic Imperator: *Si totus as completus sit, ij, qui nominatim expressas partes habent, in dimidiam partem vocantur, & ille vel illi omnes in alteram dimidiam.* Nimirum cùm asse expleto alius sine parte hæres scriptus est, hic quia ad nullam residuam assis partem restringi potest indefinitè scripta institutio, verisimile est testatorem ad novum assem sive ad dupondium transire voluisse, atque in uncias 24. hæreditatem distribuere. Et consequenter ergo qui sine parte scriptus est, in alium illum assem veniet, aut si plures, omnes in eundem; *dict. leg.17.§.3. & 4.*

vel

vel si dupondius ad assem revocetur, quo respexit Iustinianus, venient indefinitè scripti in semissem: eadem enim utrobique proportio est. Similiter si quis dupondium distribuerit, & tertium sine parte hæredem scripserit, ad tripondium transitum
2 feciſſe intelligitur: & ideò qui sine parte institutus est, in tertium assem veniet, sive re ad unum assem revocata in trientem, § 8. *inf. eod.* eaque mens est Iurisconsulti, *in d. l.* 17. § *ult.* cum ait, distributo dupondio sine parte scriptum non in alium assem, sed in trientem venire; non in alium assem oppositum dupondio ad assem prius revocato, sive qui distributione testatoris ad solennem unius assis rationem redacta efficiat semissem totius hæreditatis, ut ille solus tantùm capiat, quantum alij omnes, uti fit, cùm quis sine parte scribitur expleto asse, de qua specie tractaverat, §. 3. & 4. sed in eam partem duntaxat, quæ ratione ad unum assem revocata, efficiat illius assis trientem, atque in distributione testatoris sive in tripondio uni assi sive 12. tantùm unciis ἀναλόγως respondeat, Non est igitur ferenda Franc. Hotom. confidentia, qui locũ istum
3 Iurisconsulti mendosum esse contendens, pro *trientem* reponi vult, *tressem*, vel *tripondium*; quasi Iurisconsultus ita scripsisset, *Qui dupondio distributo sine parte institutus est, non in alium assem, sed in tressem venit.* Quæ oratio manifestè aut in totum falsa est, aut implicat contradictionẽ. Falsa, si tressem accipimus pro tribus assibus conjunctim sive pro unciis 36. in quas tota hæreditas divisa proponitur: sic enim foret, ut totũ terret solus, qui sine parte scriptus est. Contradictionẽ habet, si eadem vox accipiatur discretim pro asse tertio aut uno ex tribus. Nam huic enuntiationi; *Qui dupondio distributo sine parte scribitur, non venit in alium assem*, apertè contraria est illa; *Qui dupondio distributo sine parte scribitur, venit in tressem.* si hoc est in tressem venire, in novum, in alium, in tertiũ assem venire. Quid est verò, quod Hotom. impulit, ut text. hoc modo mutaret? Nimirum ut juvaret abnormem quandam sententiã: cujus junior adhuc auctor fuit, & quam refricuit jam senior, summaque ope defendere conatus est, *lib. 8. obs. c. 2.* Putavit Hotoman. quemadmodum asse completo is, qui sine parte nominatus est, in alterũ assem venit, reque ad unum assem revocata aufert semisse, simili modo impleto dupondio eum, qui sine parte scriptus est, tripondio ad assem revocato semisse ferre debere; nec rationem pati, ut hic tantùm trientem, ille semissem ferat. Igitur Hotoman. cum huic opinioni suæ videret obstare d. locum Ulpiani, scriptum manifestissimè in contrarium, lectionem loci ex cerebro suo mutavit, ut pro *in trientem venit*, substituerit *in tressem venit.* Quæ verba, si Hotoman. credimus, significabunt, aufert proportione sua indefinita ex tresse 18. uncias. Sed nihil est, quod cum ratione aut proportione magis pugnet, quàm hæc Hotomanni opinio: nec hilum proficit mutata lectione: quippè cum in tressem venire duobus tantùm modis quis dici possit, & iis, quos paulò antè indicavi. Miror, virũ aliàs acutissimũ non potuisse videre harum rerum minimè obscuram dissimilitudinem. Quo plures in partes res quæque discerpitur, eò minus singuli ex toto ferant necesse est. Accidit hoc item in distributione hæreditatis: ac proinde si hæreditas distributa fuerit in uncias sive partes 36. ut in quæstione proposita, cùm exhausto dupondio aliquis sine parte hæres scribitur, non potest nec debet is, cui pars adscripta non est, tantùm ex toto, hoc est, ex hæreditate consequi, quantum is, qui asse solùm exhausto similiter sine parte scriptus est, ubi hæreditas divisa est solummodò in uncias 24. Quid enim tam manifestũ est, quàm minores esse uncias in tripondio, quàm in dupondio, atque in hoc iterùm minores, quàm in asse, omninoque ratione ad assem solennem reducta unam unciam proportione respondere duabus in dupondio, tribus in tripondio sive tresse? Sumamus exempla facillima & propè puerilia cum Horoman. *Primus ex 11. uncijs hæres esto. Secundus hæres esto.* Hic secundus sine parte institutus habebit duodecim uncias. *Primus ex duodecim uncijs, Secundus item ex 12. uncijs hæredes sunto. Tertius quoque hæres esto.* Hic tertius itidẽ habebit 12. uncias, sed quæ in asse juris non tantum efficiant, quantum casu priori: illic enim singulæ semunciam, hic binas solùm sextulas sive tertiam unciæ partẽ valent. Error Hotomanni in reductione & detractionibus faciendis maximè conspicuus est. Is in proposita specie Tertio sine parte scripto
4 initio nihil, Primo & Secundo singulis partis suæ dimidiã detrahit, id est, uncias sex de duodecim, quot singulis adscriptæ, ut efficiat dupondium; in quo cùm Tertius 12. Primus & Secundus singuli 6. tantùm uncias habere reperiantur, ita dupondiũ deinde ad assem revocat, ut Primo iterũ & Secundo singulis partis suæ, quam in dupondio iis reliquerat, dimidia, id est ternæ unciæ detrahãtur, Tertio senæ, ut unum hic semissem solus, alterum illi duo conjunctim consequantur. Quod minimè ferendũ est. Nam cùm Tertius interpretatione juris non minùs in certam partem vocetur, quam duo illi; in quorum persona partes expressæ sunt, & vocetur in partem partibus expressis æqualem, æqualem quoque detractionẽ cum cæteris pati debet: ideoque in proposito si tres asses distributos ad unum redigere volumus, binæ reductiones, totidemque

gradatim

gradatim & partes in singulorum portionibus detractiones fiant. Prima sit tripondij ad dupondium, in qua singulis detrahenda pars tertia, id est, unciæ 4. altera dupondij ad assem, in qua singulis, ut as relinquatur; detrahenda est dimidia. Denique eadem ἀναλόγως ratio est, cum dupondio superato aliquis sine parte scribitur, & cum dupondio non superato, sed expleto tantum: itaque ut illic in id, quod tertio assi deest, sine parte scriptus vocatur, *l. Sabinus* 18. *eod.* ita hic integrum quidem assem tertium: at nihil amplius capere debet, *add. Ant. Fab. 5. coni. 20. Bachov. in Treutl. vol. 2. disp. 11. thes. 4.*

TEXTUS.

7. Videamus, si pars aliqua vacet, nec tamen quisquam sine parte sit hæres institutus, quid juris sit, veluti si tres ex quartis partibus hæredes scripti sunt. Et constat, vacantem partem singulis tacitè pro hæreditaria parte accedere, & perinde haberi, ac si ex tertijs partibus hæredes scripti essent. Et ex diverso, si plures hæredes scripti in portionibus sint, tacitè singulis decrescere; ut si (verbi gratia) quatuor ex tertijs partibus hæredes scripti sint, perinde habeatur, ac si unusquisque ex quarta parte hæres scriptus fuisset.

NOTÆ.

7. EX QUARTIS PARTIBUS] Id est, singuli ex quadrante, seu tribus unciis. Et ita quoque, mox sequitur, *ex tertijs partibus*, id est, ex trientibus, sive unciis quatuor.

PRO HÆREDITARIA PARTE] Clarius hoc apparet, cùm partes adscriptæ sunt inæquales, v. c. *Titius ex quadrante, Mævius ex semisse hæredes sunto.* Hic ex tribus unciis vacantibus una Titio, duæ Mævio accrescunt, *d. l.* 13. §. 3. *h. t.*

TACITE SINGULI DECRESCERE] *d. l.* 13. §. 4. Potest hic & alia ratio iniri; ut singulis accrescat, quod dupondio deest. Sed & tot partes possunt in divisione servari, quot testator fecit, *l.* 15. §. *ult. l.* 47. §. 1. *l.* 87. *eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Explicatur constitutio Justiniani* in l. 23. C. de legat.

HIc locus pertinet ad articulum tertium, cùm hæredes omnes instituti sunt ex certis partibus. In hoc articulo si testator solennem assis distributionem secutus, non pauciores neque plures partes sive uncias fecerit, quàm duodecim, nihil est, de quo dubitari possit. Tantùm si pauciores vel plures fecerit, & juxta rationem juris ad duodecim distributionem revocare volumus, quæri potest, quantum cuiq; adjici vel detrahi oporteat. Placuit autem adjectionem vel detractionem nō æqualiter & in partes vitiles fieri, sed pro rata eius partis, quæ cuique adscripta est, *l.* 13. §. 2. *& seqq. hoc tit.*

Si tres ex quartis partibus, &c.] Hoc est, si tres instituti sint singuli ex quadrante sive ex tribus unciis. Ait, *vacantem partem* Id est, quadrantem reliquum, sive tres uncias, quæ assi desunt *Pro hæreditaria parte.* Hoc clarius apparet, cùm adscriptæ sunt partes inæquales, veluti si testaror ita dixerit, *Titius ex quadrante, Mævius ex semisse hæredes sunto.* Hic enim ex tribus unciis, quæ assi explendo desunt, una Titio, duæ accrescunt Mævio, *d. l.* 13 §. 3 perinde ac si ille ex triente, hic ex besse scriptus esset. Accrescunt autem partes residuæ singulis necessariò, & eadem ratione, qua uni hæredi ex parte scripto reliqua hæreditas accrescit, quia scilicet juris ratio non patitur, ut eidem partim ex testamento, partim ab intestato succedatur.

Si quatuor ex tertijs partibus, &c.] Hoc est, si quatuor instituti sint singuli ex triente sive ex unciis quatuor *Tacitè singulis decrescere.* Pro parte item hæreditaria, ut quadrantem singuli in asse ferant. Et igitur si duo scripti sint, Primus ex 12. Secundus ex 6. unciis. Primus ex sententia veterum habebit hæreditatis bessem, Secundus trientem, *d. l.* 13. §. *sed si* 4. *hoc tit.* Et ἀναλόγως, si Primus ex 12. Secundus ex 8. aut 9. scripti sint, portio Primi major erit sesquulo vel epitrico, quàm Secundi: à qua tamen veterum sententia videtur recessisse Justinianus, *l. cum talis* 23. *C. de legat.* nisi dicamus cum Donel. *lib. 6. comm. c. 22.* interesse utrum asse sive duodecim unciis Primo relictis, mox semis aut sex unciæ. Secundo relinquantur simpliciter, an sex unciæ aut dimidia nominatim eiusdem rei aut totius quod relictum est. Et hoc posteriore casu locum duntaxat esse constitutioni Justiniani, qui & initio speciem ita proponit; priore non item. In quo Donello assentior: nam prior casus, de quo nulla inter veteres dissensio, Justiniani decisione non indigebat. Illud addo, posse & aliam rationem in re proposita iniri, ut progressus fiat ad dupondium, & singulis pro portione hæreditaria accrescat, quod dupondio deest. Sed & tot partes, quot à testatore factæ sunt, in divisione servari possunt, ut singuli suas ferant, *l.* 15. §. *ult. l. si ita* 47. §. 1. *l. ex unciis* 87. *hoc tit.*

TEXTUS.

8. *Et si plures unciæ, quàm duodecim, distributæ sint, is, qui sine parte institutus est, quod dupondio deest, habebit. Idemq; erit, si dupondius expletus sit. Quæ omnes partes ad assem postea revocantur, quamvis sint plurium unciarum.*

COMMENTARIUS.

1. *Casus aliquot hic omissi recensentur.*

REctius hic §. subjectus foret §. 6. propter convenientiam propositorum in utroque casuum, qui ad eundem articulum, atque ex tribus, in quos præsens disputatio divisa est, ad secundum pertinent, nempe cùm quidam definitè, quidam indefinitè scripti sunt, ut in explicatione nostra illic videre licet.

Quod dupondio deest] Eadem ratio est in secundo asse, quæ in primo: & ideo quemadmodum asse non expleto, is qui sine parte scriptus est, vocatur in id, quod deest assi, ita si testator superato asse, dupondio tamen non expleto, sine parte hæredem scripserit, is quod ex dupondio deest, habebit, ad quem testator assem excedens transire intelligitur, *leg.* 18. *hoc tit.* Quamobrem si ita scripserit, *Primus ex unciis* VIII. *Secundus item ex* VIII. *Hæredes sunto. Tertius hæres esto.* Hic Tertius item octo uncias, quot dupondio desunt, feret. Eadem ratione, si ita scripserit: *Primus ex sex, Secundus ex octo hæredes sunto. Tertius hæres esto.* Tertius decem; quæ supersunt in dupondio, habebit, *l. ex unciis* 87. *hoc tit.* Quod si partes, uti fit, ad unum assem revocamus, in priori specie singuli trientem, in posteriore Primus quadrantem, Secundus trientem, Tertius sine parte scriptus quincuncem feret.

Idemq; erit, si dupondius expletus sit] Expletus videtur dixisse pro *superatus*: neque enim hic de expleto asse aut dupondio quæritur, sed de superato; qui casus ab illo diversus est: quanquam utriusque eadem ratio, *l.* 17. §. *ult. eod.* tam is, qui asse aut dupondio expleto alium sine parte hæredem facit, ad dupondium vel tripondium creditur transiisse, quàm is, qui id fecit asse aut dupondio jam superato, ut quemadmodum hic sine parte scriptus in id, quod dupondio aut tripondio deest, vocatus intelligitur; ita illic in novum, hoc est, secundum aut tertium assem. Sunt & alij casus, qui ad institutam disputationem pertinent, à Triboniano omissi, & fortassis de industria: veluti 1. si quis solus institutus sit; non simpliciter aut ex parte hæreditatis, sed ex re certa, putà ex fundo; quam institutionem valere placet, quasi mentio fundi facta non esset, & institutum bonorum omnium hæreditatem consequi, *l.* 1. §. 4. *hoc tit. l. coheredi* 41. *in fin. de vulg. & pup.* de quo dixi §. 5. *sup. eod.* 2. Si plures instituti omnes item ex re certa: atque hoc casu similiter mentio rei & partium quoque nominatarum potestate legis detrahitur, etiam tunc cum ex partibus rei inæqualibus instituti sunt, nisi aliud suadeat manifesta voluntas testatoris: tunc enim partium expressio valebit ad rerum divisionem, ut officio judicis familiæ erciscundæ pro rata portionis, quam cuiq; in rebus assignavit testator, hæreditas singulis adjudicetur, *l.* 9 §. *si duo, l.* 10. *junct. l. ex facto* 35. *in pr. eod.* 3. Si plures instituti, eorumque quidam ex re certa, quidam simpliciter aut ex parte hæreditatis. Hoc casu placuit solos hæredes fieri, qui simpliciter aut ex quota, uti loquuntur, scripti sunt, ex re singulari scriptos legatariorum loco esse, *leg.* 13. *Cod. eodem.* Cur verò tam variè? Nimirum ideo, quia ubi soli sunt instituti ex re certa, hic si testamentum subsistere volumus, atque ex eo, quod utique testator voluit, deferri hæreditatem, necessariò detrahenda est rei mentio, cùm hæc simul stare non possint, hæredem esse, hoc est, universi juris successorem, & rem tantùm obtinere singularem. At verò cùm concurrunt cum his alij rectè hæredes scripti vel indefinitè vel ex certa parte hæreditatis, nulla necessitas cogit, ut mentionem rei, ex qua unus aut plures scripti sunt, detrahamus, cùm rem illam habere possint tanquam ex legato, idque salva ratione juris & defuncti voluntate, quæ per cohæredes simpliciter vel ex parte scriptos sustinetur. Planè si hæredes universitatis defecerint, quod adire hæreditatem noluerint, aut antè mortui sint, tunc ex communi opinione Doctorum in *dict. leg.* 13. idem per omnia erit, ac si instituti ex re singulari ab initio soli fuissent: quamvis nonnulli hanc sententiam non aliter admittant, quàm si cohæredes defecerint vivo adhuc testatore, quos sequitur Bachovius hic. vid. *Gomez* 1. *resol.* 10. *num.* 13. *Graff.* §. *institutio, quæst.* 22. *num.* 3.

TEXTUS.

9. *Hæres & purè & sub conditione institui potest: ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest: veluti,* Post quin-

quennium

quennium, quàm moriar; *vel*, Ex Calendis illis, *vel*, Usque ad Calendas illas hæres esto. *Denique diem adjectum haberi pro supervacuo placet, & perinde esse, ac si purè hæres institutus esset.*

NOTÆ.

P. Sub conditione] V.C. *Titius hæres esto, si Maviam uxorem duxerit.* Hic institutio in pendenti est, & si quidem extiterit conditio, vires capit, ac conditionis eventus retrotrahitur ad tempus mortis, ut perinde habeatur, ac si purè facta esset institutio: si conditio defecerit, institutio evanescit, deferturq; hæreditas ab intestato, *l.* 26. *de cond. inst.* fac. *l.* 8. *de per. & com. rei vend. l.* 11. §. 1. *qui pot. in pign.*

Ex certo tempore, &c.] Ratio est, quia regula, quæ vetat eundem in paganis testato & intestato decedere, etiam in spatio temporis locum habet, *l.* 41. *de test. mil. l.* 8. *C. eod.* ubi quod traditur, est ex prærogativa privilegij militaris. Cessat autem in conditione, cuius eventus retrotrahitur. Conditionem facit etiam dies incertus, *l.* 75. *de cond. & dem.*

Usque ad Calendas] Occurrit hîc etiam specialis ratio, quia juri nostro non convenit temporalem hæredem habere, *l.* 7. §. 10. *de minor. l.* 88. *h. t.*

Pro supervacuo] Hoc benevolentiæ est, ne pereat ultima defuncti voluntas, *l.* 34. *h. t.*

COMMENTARIUS.

1. *Captatoria institutio qua veteribus dicta.*
2. *Suos hæredes omnes sub alia conditione institui non posse, quàm qua in eorum sit potestate.*
3. *Diem certum institutioni appositum, sive ut terminum à quo, sive ut terminum ad quem, pro supervacuo haberi.*
4. *Cur dies certus institutioni adiectus, ut terminus à quo, non suspendat institutionem similiter, ut adjecta conditio.*
5. *Moribus hodiernis huiusmodi subtilitates insuper haberi.*
6. *In testamentis diem omnem incertum conditionem facere.*
7. *An si cui bonorum omnium ususfructus legatus sit & post mortem eius alius hæres institutus, legatum valeat.*

Hic se nunc offert tituli huius pars tertia, in qua tractatur de forma & modo hæredes instituendi, deque ijs, quæ institutioni utiliter vel inutiliter adjiciuntur: sed non omnia, quæ eò pertinent, Imp. tangit, contentus, quæ præcipua sunt, de conditione & die adjectis quædam indicasse. Ante quorum explicationem monendi sumus, ad formam institutionis omninò pertinere, ut ea verbis fiat, iisque idoneis, ut ex iis liquere possit voluntatis intentio; quamvis quibus verbis fiat, imperativis sive directis, an inflexis nihil referat, *l.* 15. *C. de testam. & ibi DD.* Deinde ita fieri debere, ut de persona hæredis certo constare possit, vel ex nomine, vel ex indubitabili signo; alioqui vitiari institutionem, *l.* 9. *in pr. iunct.* §. *si quis* 8. *& seq. l. in tempus* 62. §. 1. *hoc tit. l.* 4. *C. eod.* item inutilem esse institutionem, si testator non certo consilio hæredem scribat, aut quid alienum captet. Unde improbata veteribus tum institutio, quæ in alienam voluntatem confertur, veluti, si quis dixerit, *Quos Titius voluerit, hæredes sunto. l. illa institutio* 32. *l. si quis* 68. *eod.* tum captatoria, quæ fit captandæ alienæ hæreditatis causa, cùm testator suam hæreditatem tanquam in hamo defert, ut allecter alienam; putà hoc modo, *Qua ex parte Titius me hæredem faciet, ex eadem mihi hæres esto. l. captatorias* 70. *cum l. seq. eod. l. captatoria* 64. *de legat.* 1. cujusmodi institutiones etiam in testamentis militum improbantur, *l.* 11. *C. de test. mil.* Hoc autem modo concepta institutio valet, *Qua ex parte Titius me hæredem fecit, ex eadem hæres esto.* Quoniam in præteritum collata est, neque ad captandum, sed ad remunerandum comparata, *l. illa autem* 71. *l. Clemens* 81. §. *eod.* Sed nec institutiones, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt, pro captatoriis habentur, *d. l. captatorias* 70 *eod.* Valent itaque haud dubiè & mutuæ conjugum institutiones. *D Tulden. in C. de test. mil. n.* 9. ubi obiter refellit Jo. Deckherum hanc sententiam oppugnantem *lib.* 1. *dissert.* 7. De captatoria institutione eleganter Menoch. *consil.* 408. *Ant. Fab. Cod. suo de hæred. inst. defin* 11. *post Cuiac.* 16. *obs.* 11. *Duar. c.* 3. *hoc tit.* Nunc accedamus ad explicationem textus.

Sub conditione institui potest] Conditio est adjectio, qua in futurum eventum, quod dari, aut fieri volumus, suspenditur: eaq; vel possibilis est, vel impossibilis. Impossibilis inutiliter institutioni adjicitur & pro non scripta habetur, de qua mox: possibilis utiliter, ut suspendatur interim institutio, atq; existente conditione vires capiat, perindeq; habeatur ac si purè facta esset, deficiente, evanescat, & hæreditas deferatur ab intestato. Solius persona filiif. excipitur, qui vetatur sub alia conditione hæres institui, quàm quæ in illius potestate sit, nisi sub contraria conditione exhæredetur, ne si conditio deficiat, reperiatur contra legem præteritus, *lege* 4. §. 6. *leg. jam dubitari* 86. *hoc tit. leg.* 15. *leg. ult. de cond.*

2 *cond. inst.* Tantundem nunc dicendum de cæteris liberis, qui in potestate sunt, & sui hæredes, postquam hi omnes filiosam. exæquari, §. 5. *sup. tit.* Falluntur ergo DD. qui putant, ita nunc jus esse, ut si suus hæres in incertum eventum institutus sit, institutio non vitietur, sed potestate juris detrahatur conditio usque ad portionem legitimam, quæ gravari prohibeatur ulla dispositione moram aliúdve onus afferente, *per l. quoniam* 32. *C. de inoff. testam.* Non enim animadvertunt agi isto loco non de liberis institutis, sed exhæredatis, quibus aliquid pro legitima relictum sit. Nam Justinianus cùm in *l. omni modo* 30. *& l. seq. C. eod.* jussisset cessare quærelã inofficiosi, si quid liberis omninò relictum esset, suppleri que, si minus relictum quod legitimę deest, mutato veteri jure, quo quærela non excludebatur, nisi aut tota legitima portio relicta esset, aut si minus, adjecta clausula, ut si quid deesset, id boni viri arbitratu repleretur, in *d. l. quoniã* Quæ mox sequitur, superiores sanctiones temperat, easque sic vult obtinere, ut liberi portionem legitimam plenam consequantur, & sine ullo gravamine aut mora. Novissimè voluit & titulo institutionis legitimam relinqui. *Nov.* 115. *cap.* 3. de quo plura *tit.* 18.

Ex certo tempore aut ad certum tempus non potest] Huius rei explicatio plus difficultatis habet. Ait, *Ex certo tempore, &c.* quibus verbis tacitè innuitur differentia temporis sive diei certi atque incerti, & quæ hic traduntur, non ad utrumque, sed ad alterum tantummodo, certum scilicet, pertinere. Ita est: Dies aut est certus, aut incertus. De incerto illicò videbimus. Certum dicimus, cùm certum est & venturum esse, & quando venturus sit. Hic dies bifariam institutioni fortè apponi potest, vel ut terminus à quo, veluti, *Post quinquennium quàm moriar, hæres esto*; vel ut terminus ad quem, veluti, *Vsque ad quinquennium hæres esto.* Neutro autem modo apponitur utiliter. Et hoc est, quod Imp. ait, hæredem ex certo tempore vel ad certum tempus in-
3 stitui non posse; non quod adjectione diei in totum vitietur institutio, sed quod dies, ut vitiosè adjectus, rejiciatur & habeatur pro non scripto: ita enim se statim explicat, cùm ait, diem adiectum pro supervacuo haberi, & perinde esse, ac si purè institutio facta sit. Breviter Jurisconsultus, *l. hæreditas* 34. *hoc tit. Hæreditas*, inquit, *ex die vel ad diem non rectè datur, sed vitio temporis sublato manet institutio.* Quod dies tollitur, benevolentia est, ne pereat ultima defuncti voluntas. Quod die non sublato subsistere nequeat institutio; ex regula, qua vetatur idem in paganis testato & intestato decedere, proposita & à nobis exposita §. *hæreditas* 5. *sup. eod.* Neque enim ad portionem bonorum tantum, verum etiam ad temporis spatium ea regula pertinet *l. miles ita* 41. *in pr. de test. mil.* Peculiaris quoque ratio est, cum dies adjicitur tanquam terminus ad quem; quia juri nostro non convenit, temporalem hæredem habere, sed is, qui semel hæres extitit, semper hæres maneat necesse est, *l.* 7. §. *sed quod* 10. *de minoribus, l. ei qui* 88. *hoc tit.* De altero quæsierit aliquis, cur cùm hæres es certo die instituitur, non æquè placeat suspendi institutionem, & antequam dies veniat, nullum interim hæredem esse, ac cùm quis instituitur sub conditione, & quid intersit, ita scribam, *Titius post quinquennium hæres esto*, an, *Titius hæres esto, si uxorem duxerit?* Hoc interest: Conditionis ea est vis ac natura, ut actum omnem, 4
cui adjicitur, juris que effectum suspendat, ea deficiente nihil actum ut intelligatur, existente perinde habeatur, ac si ab initio res sine conditione gesta esset, *leg.* 8. *de per. & comm. rei vend. leg.* 11. § 1 *qui pot. in pign.* Proinde cùm hæres sub conditione institutus est, in pendenti est tota dispositio testatoris, & siquidem defecerit conditio, nulla dispositio facta intelligitur, statimque defertur hæreditas ab intestato; si extiterit, eventus eius retrotrahitur ad tempus mortis, ut quod sub conditione dispositum est, purè dispositum intelligatur, *leg. si pupillus* 26. *de cond. instit.* Dies verò certus diversæ naturæ est; primum in hoc, quod nunquam suspendit vim aut effectum juris; tantùm ad hoc utiliter rei alicui, veluti legato aut stipulationi, adjicitur, ut remoretur executionem, §. 2. *inf. de verbor. obl. leg. cedere diem* 213. *de verb. sign. leg.* 17. *de reg. iur. l. si dies* 21. *quand. dies legat.* Quòd si ergo hæres ex certo tempore institutus ante id tempus hæres esse impediatur, dies operabitur præter & contra suam naturam suspenso juris effectu, ideoque statim potius admittendus, præsertim cùm certum sit diem extiturum esse, quod secus est, in conditione. Ita post *Iacob. de Aret. Bart. & Bald.* disputat, *Gomez.* 1. *resol.* 2. *num.* 8. Deinde & in eo differentia est, quod dies non ita, ut conditio, existens retrò trahi potest, hoc est, quod aditio post diem existentem facta non potest conjungi & continuari cum tempore mortis testatoris, quam tamen continuationem jus requirit, *l. hæres* 54. *de acq. hær. l. omnis* 138. *de reg. jur.* nisi toto intermedio tempore subducto? nam si id tempus manere volumus, ut adjectum utiliter, jam non suspendimus institutionem, ut nullus interim hæres sit; sed causæ intestati interim locum facimus: quod juris ratio non patitur. Nostri & Gallorum mores huiusmodi subtilitates aversantur: 5
sed uti receptum est, ut unicuique pro portione bonorum & testato & intestato decedere licear,

liceat, ita & ad tempus quisque hæredem facere potest, & ex certo tempore, ut aut post tempus, aut antequam dies veniat, intestati hæreditas deferatur; quod jure civili Romanorum solummodo ex privilegio obtinebat in testamentis militum, *l.15. §.4. l.miles 41. in pr. de test. mil. vid. not at. sub §. hæreditas 5. sup. eod.* Hæc dicta sunto de die certo. Dies incertus aut prorsus & simpliciter talis est, cùm scilicet neutrum horum apparet, nec an venturus sit, nec quando; veluti si ita testator dixerit, *Titius hæres esto, cùm consulatum inierit; cùm uxorem duxerit*, aut secundùm quid, cùm alterutrum incertum est, & vel ignoratur, an venturus sit duntaxat; veluti si ita scriptum sit, *Titius cùm erit annorum quatuordecim, hæres esto*: vel tantum quando venturus sit, qualis
6 est dies mortis cuiusque. Et extat de die incerto generalis definitio Papiniani in hæc verba: *Dies incertus conditionem in testamento facit, l. dies 75. de cond. & dem.* cuius definitionis hæc sententia est, ut conditio testamento adjecta non detrahitur, sed suspendit dispositionem, ita & dies incertus; atque ut existente demum conditione vires accipit dispositio, ita & existente demum die incerto. Et siquidem vel utrumque ignoretur, an dies venturus sit, & quando, vel etiam unum illud, an sit venturus, dubium non est, quin huiusmodi dies pro conditione sit, *l. si dies 21. & l. seq. quand. dies leg.* At si certum sit, extiturum esse, ignoretur autem quando; hic referre puto, utrum dies appositus sit extraneo, an ipsi hæredi. Si extraneo, puta hoc modo, *Titius hæres esto, cùm Sempronius morietur*, diem pro conditione esse; qua fieri potest, ut hæres scriptus ante Sempronium moriatur: quo argumento tale legatum conditionale esse defenditur, *Hæres meus, cùm morietur, Titio decem dato, l. 1. §. 2. de cond & dem. l. 4. in pr. quand. dies leg.* Si verò ipsi hæredi adscriptus sit, veluti, *Titius, cùm morietur, hæres esto*, non puto conditionem facere: quia nec si legatario adscribatur, tacit, *d. l. 4. §. 1. l. hæres meus 79. in pr de cond. & dem.* & ideo institutioni adjectum quasi diem certũ, qui vivente adhuc hærede omnimodo extiturus sit, detrahendum esse, institutionemque pro pura habendam: quæ & communis interpp. sententia est in *l. 9. C. hoc tit.* teste Gomez *1. ref. 2. n. 11.* Illud apertè falsum est, quod hoc loco scribit Bachovius, tale
7 legatum, *Titio, cùm morietur, decem do, lego*, conditionale esse, contra textus expressos in *d. l. hæres meus 79. de cond. & dem. & in d. l. 4. §. 2. quand. dies leg. ced.* Singularis casus institutionis ex die incerto est, cùm quis instituitur in tempus capiendæ hæreditatis, *l. in tempus 62. hoc tit.* qui tamen casus à doctoribus omnibus restringitur ad eos, qui non simpliciter incapaces sunt, sed secundùm quid, quales sunt orbi, cœlibes: quos procul dubio hæredes instituere licet, cùm liberos susceperint, cùm uxores duxerint. Angelo absurdum non videtur etiam deportatum sic institui, cùm restitutus erit. Utique rectè idem Angelus responsum istud Jurisconsulti in *d. l. in tempus*, sic temperandum existimat, ut locum habeat, cùm incapacitas est ex parte instituti duntaxat, non etiam simul ex parte testatoris: nam spurium hoc modo, *eum capere poterit*, à patre institui non posse. De illo quæsitum est, si verbi gratia, uxori bonorum omnium ususfructus legatus sit, & post mortem eius Titius hæres institutus, an legatum valeat. Et multis visum est, tale legatum esse inutile; quoniam dies ususfructus legati non prius cedit, quàm hæreditas adita sit, *l. un. §. 2. quand dies usufr. leg. ced. l. 2. & 3. quand. dies legat. l. un. §. ubertatibus 6. C. de cad. toll.* in proposito autem hæreditas adiri nequit, quamdiu uxor vivit, eo quod dies incertus pro conditione est, nec potest confirmari legatum ususfructus adita post mortem uxoris hæreditate, quia ususfructus morte extinguitur. Pluribus tamen visum est valere, quibus assentior. Etenim in casu proposito institutio hæredis conditionalis non est, sed purè in proprietate facta ex mente testatoris intelligi debet, utpotè qui legatum purè deberi voluit, nec credendus est elegisse viam; per quam dispositio eius evertatur, contra *l. Gallus 29. §. 1. de lib. & post. l 3. de test. mil.* Poterit itaque hæres institutus statim hæreditatem adire eamque transmittere, quia mortis tempus adiectum non est ad infringendam institutionem, sed ne hæres interim turbet uxorem in usufructu. Quid si hæres institutus adire vivente uxore nolit? Posse eam in casu proposito de facto uti & frui Baldus respondit in *l. extraneum C. hoc tit.* sed tutius est, ut judicis officium super hoc imploret, *vid. Covar. 2. var. res. 2. n. 5. Gail. 2. obs. 143. nu. 2. Graff. §. legatum q. 23 n. 2. Mantic. de conj. ult. vol lib. 4 tit. 5 n. 22. Io. del. Castill. tract. de usufr. c. 8. n. 23. & seq. D. Iac. Coren. cons. 15.*

TEXTUS.

10. *Impossibilis conditio in institutionibus & legatis, nec non in fideicommissis, & libertatibus, pro non scripta habetur.*

NOTÆ.

10. IMPOSSIBILIS CONDITIO] Cui similis, quæ quid continet, quod pugnat cum bonis legibus aut moribus, *l. 14. & seq. de cond. inst.* perplexa autem, ἀπορος, vitiat institutionem, *l. 16. eod.*

INSTITUTIONIBUS ET LEGATIS] Secus est in contractibus, §.10. *inf. de inut. stip.* ratio diversitatis petenda ex *l.31. de obl. & act.*

PRO NON SCRIPTA] *l.1. l.6. l.20. de cond. inst. l.3. de cond. & dem.* testamentum tamen patris infirmat adscripta filiofam. quippe qui sub alia conditione instirui non potest, quàm quæ sit in eius potestate, *l.4. h.t. l.15. de cond. inst.* quod nunc ad omnes suos hæredes pertinet arg. *§.5. tit. prac. l.4. C. de lib. prat.*

COMMENTARIUS.

1. *Conditionem ἄπρεον, aut difficilem propter personæ cui apposita est, qualitatem, &c. pro impossibili non haberi.*
2. *Vltimas voluntates appositionis conditione impossibilis non vitiari, convētiones contra, & cur tam variè.*
3. *Dispositionem huius §. auctore Grotio, non convenire moribus nostris.*
4. *Conditioni impossibili similem esse eam, quæ quid turpe continet, & ideo hanc quoque pro non scripta haberi in ultimis voluntatibus.*

IMpossibilis conditio est, definitore Justiniano, cui natura impedimento est, quo minus existat; veluti, *si digito cælum tetigeris, §. impossibilis inf. de inut. stip.* Sed & quæ facta natura & per se possibilia sunt, possunt casu aut adjectione temporis fieri impossibilia: veluti, exigere pecuniam, monumentum facere, Gadibus Romam pervenire, sunt δυνατα, at exigere pecuniam à se, monumentum post mortem testatoris in triduo proximo facere, biduo Gadibus Romam pervenire, ἀδυνατα. Sive autem per se conditio impossibilis sit, sive propter circunstantiam aliquam, hoc jure utimur, ut sub tali conditione facta institutio non vitietur, sed evanescat conditio, & pro non scripta habeatur, *l.1. l.6. l. mulier. 20. de cond. inst.* nisi fortè conditio sit ἄπρεος, sive talis, quæ efficiat, ut ipsa institutio impossibilis, aut potius perplexa atque inexplicabilis sit, ita ut voluntas defuncti exitum reperire nequeat, cuiusmodi conditio institutionum vitiat, *l. si Titius 16. de cond. inst.* Sed & in alia quavis ultima voluntate, puta legato aut fideicommisso conditio impossibilis pro non scripta est, *l.12. §.1. l. ab omnibus 104. §.1. de legat. l.5. §.4. quand dies leg.* generaliter enim quicquid in testamento scriptum impossibile est, placet nullam vim habere, *l. si Mævia 45. hoc tit. l. 3. de cond. & dem.* Planè conditio difficilis huc non pertinet, quantumvis propter personæ, cui apposita est, qualitatem aliámve causam videatur impossibilis: sed nisi conditione pareatur, relictum in testamento non capitur. Finge libertatem servo relictam hac conditione, *si hæredi mil-lies dederit*: Hic non detrahetur conditio, sed mutilis erit datio libertatis, ut responsum est à Paulo, *l.4. §.1. de statu lib.* Idem juris est, si in tam longum tempus conditio collata sit, ut eo tempore is, cui libertas datur, vivere vix possit; veluti si servo quatuor annos nato libertas detur cùm erit annorum centum: de, quo *vid. Franc. Amaya lib. 2. obs. jur. cap.11.* Alio autem jure utimur in stipulationibus & conventionibus: quippe quæ nullius momenti sunt, & in totum vitiantur appositæ conditione impossibili, *§. si impossibilis inf. de inut. stip. l. 7. de verb. obl. l. non solum 31. de obl. & act.* ubi etiam diversi juris indicatur ratio; nimirum quia manifestum est, eos, qui in contrahendo apponunt aut apponi patiuntur conditionem, quam sciant esse impossibilem, non esse hoc animo, ut se aut alios sibi obligent, sed jocari, ludere, omninò ea cogitatione esse, ut nihil agi existiment. At testatorem in ordinatione supremæ voluntatis, in re tam seria & cogitatione mortalitatis, non seriò agere & ludere voluisse, quod in speciem impietatis cadit, credendum non est, sed mendum potiùs ei excidisse, quod favore ultimæ voluntatis corrigitur, & tollitur à lege, ne id hæredi fraudi sit, cui nihil imputari potest, néve alia, benè rectèque constituta evertantur, *arg. l.1. de cond. inst.* D. Grotio videtur hanc interpretationem minùs convenire moribus nostris: Nam cùm in his regionibus omnem supremam dispositionem interpretemur secundùm id, quod propius vero est sensisse testatorem, nobis huiusmodi institutionem potiùs pro ridicula & nulla habendam esse, ut etiam ipsi Romani in cæteris causis id intellexerunt, dempta ultima voluntate. Impossibili conditioni similis est conditio turpis, quam interpretes vulgò ut speciem impossibili subjiciunt, & appellant impossibilem de jure. Ea est, quæ quid continet, quod pugnet cum pietate, bonis legibus aut moribus. Nam, ut benè & piè Papinianus noster *l. filius 15. de cond. inst. Quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & generaliter, quæ contra bonos mores fiunt, ea nec facere nos posse credendum est.* Et ideo etiam, si quid eiusmodi testamento insertum sit, id perinde ac si quid impossibile adscriptum esset, placet pro non scripto haberi, *l. conditiones 14. de cond. inst.* veluti. *Si ab hostibus patrem suum non redemerit; Si parentibus patronóve suo alimenta non præstiterit.* Paulus scribit, huiusmodi conditiones remittendas esse, *l.9. d. tit.* quod effectu juris eodem recidit: capitur enim semper hæreditas legatumve perinde, ac si adjectæ non essent. Planè filius, qui in potestate est, sub tali conditione hæres scriptus, testamentum patris

infirmat;

infirmat, ac si conditio non esset in eius potestate, *d. l. 15. eod.* quod etiam ad cæteros suos hæredes nunc transferendum est, per ea, quæ *sub §. prec.* Pacta quoque & stipulationes turpi conditione appositæ nullius momenti sunt, uti juris esse diximus, cum his apponitur conditio impossibilis de facto, *l. generaliter 26. l. stipulatio 61. de verb. obl. l. 4. C. de inut. stip.*

TEXTUS.

15. *Si plures conditiones in institutionibus adscriptæ sunt, siquidem conjunctim, ut puta,* Si illud & illud factum fuerit, *omnibus parendum est: si separatim, veluti,* Si illud, aut illud factum erit, *cuilibet conditioni obtemperare satis est.*

NOTÆ.

11. OMNIBUS PARENDUM] Ut verificetur tota copulata enuntiatio, *l. 5. de cond. inst.* fac. *l.* 129. *de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

DOcent nos dialectici, copulatæ orationis partes omnes veras esse oportere, si ea vera esse ponatur: totam autem falsam esse: si vel una pars falsa sit: cui convenienas est, quod hic scribit Justinianus, si plures conditiones conjunctim institutioni adscriptæ sint, omnibus parendum esse, ut scilicet verificetur tota renuntiatio, & institutio purificetur, quod & Paulus tradidit, *l. 5. de const. inst.* & Scævola de stipulatione eodem modo concepta, *l. si quis 129. de verb. obl.* Ait: *omnibus parendam est.* Parce, obtemperare dicimur conditioni, quando eam implemus, & propriè hæc enuntiantur de ea conditione, quæ posita est in nostra potestate, quàm quoties volumus, implere possumus, non-nunquam tamen & ad earum conditionum impletionem referuntur, quæ positæ sunt in eventu, ut *in l. 2. de cond. & dem.* & sic quod hic traditur, pluribus conditionibus conjunctim adscriptis, omnibus parendum esse, etiam ad plures conditiones, quæ ex casu pendent, copulatas pertinere, sciendum est, nec sufficere ad delationem hæreditatis, unam existere aut impleri, sed omnium impletionem expectandam: quippe cùm non minus in hanc speciem, quàm in præcedentem illam prædictum axioma logicorum quadret, & utique ex æquo conveniat ratio Pauli in *d. l. 5. de cond. inst.* quod plures conditiones conjunctim scriptæ unius loco habeantur: ideoque meritò à reliquis interpretibus notatus est Accursius, quod putaverit, ex pluribus conditionibus casualibus conjunctim appositis sufficere extitisse unam: *arg. leg. si plures 17. eod. tit.* quæ huc non pertinet, sed loquitur de pluribus institutionibus factis sub diversis conditionibus, repetita scil. eiusdem institutione in diversa parte testamenti, *D. Vigl hic.*

Si separatim, cuilibet &c. d. l. 5. de cond. inst. d. l. si quis 129. de verb. obl. & ratio est, quia disiunctiva oratio unius partis veritate contenta est; unde regula juris Pontificij, *In alternativis sufficit alterum adimpleri reg. 70. in 6.* Cujacius legit *cui libet* voce divulsa, id est, cui placet. Theoph. οἱ ἂν βούληται. Illud addo, ex casu pendentes conditiones omnimodò implere oportere: quæ autem in potestatem nostram conferuntur, etiam tunc pro impletis haberi, cùm per alium stat, quominus impleantur; veluti si quis ita institutus sit, *Si Seiam uxorem duxerit,* & ea nolit nubere, *l. 5. §. item si. 5. quand. dies leg. l. jure 24. de cond. & dem. l. in jure 161. de reg. jur. & ibi doctissimè, Pet. Fab.*

TEXTUS.

12. *Ij, quos nunquam testator vidit, hæredes institui possunt; veluti si fratris filios peregrinantes, ignorans qui essent, hæredes instituerit. Ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.*

NOTÆ.

12. NUNQUAM TESTATOR VIDIT] Etiam extraneos penitus ignotos, *l. 11. C. h. t.* modò ne ex alio capite sint incapaces, putà quia peregrini aut ἀπάλιδες, *l. 1. C. eod.*

PEREGRINANTES] Cujac. & Hot. dictione divisa, *peregrinatos*, nec aliter Theoph.

COMMENTARIUS.

1. *Moribus multorum locorum nunc ad substantiam testamenti hæredis institutionem non desiderari: quibusdam in locis ne locum quidem habere.*

ETiam qui nobis ignoti sunt, hæredes à nobis institui possunt, modò ne ex alio capite sint incapaces, puta quia peregrini, *l. extraneum C. hoc tit. l. quidam 46. eod.* Poterat duplex hic esse dubitandi causa, tum quòd certum esse debet consilium testatoris, certaque persona instituti.

V. p.

Ministerio de Cultura 2024

Vlp. tit. 22. §. 3. tum quod eos ferè hæredes instituere solemus, quorum merita affectionem nostram provocaverunt, *l. 9. pro soc.* Verum enimverò ubi testatoris voluntas in personam aliquam certam destinata est, incertum eius consilium incertáve instituti persona dici nequit; licet circa accidentia personæ, puta nomen, faciem, incertitudo sit: & potest quis etiam erga ignotum ita affectus esse, ut optimè ei velit, vel propter sanguinis necessitudinem, ut in exemplo proposito, vel propter famam virtutis eruditionisve.

Peregrinantes] Peregrini, non peregrinantes, hæredes institui vetantur, *l. 1. C. hoc tit.* Notissima autem est inter hæc duo differentia: peregrini enim civibus opponuntur. Jam verò Romani privato jure constituerunt, ne quisquam, qui civis non sit, jus capiendæ hæreditatis habeat. Qui autem ex civibus peregrinantur, hoc est, peregrè degunt, extra patriam suam in peregrinis regionibus versantur, studiorum fortè aut quæstus gratia, vel ut diversos hominum mores cognoscant, urbésve videant opulentas, cùm hi cives esse non desinant, nulla ratio est, cur non à suis domi hæredes instituí possint, licet de facie testatori noti non sint. Cuiacius legit *peregrinatos*, dictione divisa; quomodo in omnibus quoque libris manuscriptis legi testatur Hotomannus, quos quidem videre illi contigit: aitque, cum ista lectione consentire & Theophilum quo tamen nomine reprehenditur à Bachovio, quasi lectori imponat, cùm etiam Theophilus habeat. ἐκ ξένης διάγοντα. Verùm si bona fide agit Bachovius, necesse est, valde oscitanter Theophilum ab eo inspectum esse: quippe cum Theophilus non proponat fratrem ipsum ἐκ ξένης διάγοντα hæredem institutum, sed liberos ex fratre, cum peregrè ageret, procreatos. Multorum locorum legibus aut moribus nunc ita comparatum est, ut hæredis institutio ad substantiam testamenti non videatur necessaria, quo sensu hodie testamenta appellamus: nam & id testamentum dicitur, in quo relictis tantum legatis nulla hæredis institutio facta est, *Ioan. del Castill. Sotomayor tract. de usufr. c. 60.* Quinetiam secundùm quarundam civitatum leges ne locum quidem in testamentis habet hæredis institutio. Sic enim dictant leges Parisiensium, Aurelianensium, Gandavensium, Cortracensium, &c. quod tamen ita passim accipitur, ut si hæres institutus sit, pro legatario tantum is habeatur. *D. Gudelin. lib. 2. de iur. Nov. c. 5. D. Christin. vol. 1, decis. 247. nu. 8. & decis. 305. nu. 17. & seqq.*

TITULUS XV.

De Vulgari Substitutione.

1. *Ratio ordinis: simul quam variè verbum substitutionis à nostris usurpetur.*
2. *Divisio substitutionis in directam & fideicommissariam; ac utriusque speciei explicatio.*
3. *Nomine substitutionis simpliciter posito intelligi directam: quæ & perfectius definitur.*
4. *Vulgatæ divisiones substitutionis notantur: ostenditurq́, commodissimè eam dividi in duo genera duntaxat.*
5. *Summa eorum, quæ hoc tit. explicantur.*

POstquam ea omnia Princeps tradidit, quæ ad testamenta rectè ordinanda & hæredum institutionem pertinent, reliquum videbatur, ut protinus disputaret, quibus modis testamenta rectè ab initio ordinata postea infirmentur: cæterùm cùm testatori permissum sit non tantùm hæredem testamento instituere, sed etiam in locum deficientis hæredis instituti alios hæredes substituere, ut primo gradu deficiente saltem ex secundo hæredem testamentarium habeat; nonnunquam & cùm sibi fecit, simul alij testamentum & hæredem facere, hanc partem, quæ substitutiones continet, prius exequēdam putavit. Quid in genere sit substitutio, vix commodè una generali definitione explicari potest: utuntur enim ea voce juris auctores non tantùm cùm loquuntur de institutione secundi hæredis: verùm etiam cùm de secunda datione legati, *l. 6. C. de legat.* item cùm agunt de fideicommissis tum hæreditatis tum rerum singularū, ut videre est in *l. coheredi 41. §. 3. hoc tit. de vulg. & pup. l. cum proponebatur 64. l. cum pater. 77. §. pen. l. Titia 87. §. 2. de leg. 2. l. hæredes 57. §. 1. & 2. ad sen. Treb. l. 14. C. de fideic. l. 6. C. de inst. & subst.* Atque hinc vulgò substitutio dividitur in directam & fideicommissariam. Directa est, quæ fit verbis directis & civilibus; vel hæredem hæredi subsistuendo, veluti, *Titius hæres esto: si Titius hæres non erit, Seius hæres esto:* vel legatarium legatario; veluti, *Titio fundum Cornelianum do, lego: Si Titius fundum, quem ei legavi, non ceperit, eundem fundum, Seio do, lego, l. ut hæredibus 50. de legat. 2.* Nam hæc quoque directa substitutio est, & ideo legatum agnoscente primo legatario evanescit, *l. 6. C. de legat.* Fideicommissaria est, quæ fit verbis precariis, cum scilicet testator vel hæredem institutum rogat, ut hæreditatem partémve hæreditatis aut rem aliquam alteri restituat; vel legatarium, aut fideicommissarium, ut [illegible] tuant,

tuant; quod iis relictum est. Fideicommissaria substitutionis mentio fit cùm alibi, tum in locis istis omnibus, quos modò allegavi; directæ, directis & civilibus verbis factæ, *in l. 7. l. 15. hoc tit. l. 5. l. 7. C. de impub. & al. subst. l. 14. C. de fideicom. § pen. inf. de codicill.* Neque tamen venditare velim hanc divisionem ut perfectam; accipiatur saltem, ut generis πρὸς ἕν & eò pertineat, ut varium vocis usum, quem in jure habet, intelligamus. Illud 3 equidem certum est, nomen substitutionis simpliciter positum in usu juris (sive propriè, sive per excellentiam) solam denotare substitutionem directam, atque eam, qua hæres hæredi substituitur, unde passim videmus, substitutionem opponi fideicommissis, *l. 6. §. Titius, 5. ad sen. Treb. l. tutores 39. §. 3 de adm. tut. l. cum pater, 77. §. volo, 13. de leg. 2.* cum similib. quorum etiam tractatio proprium locum atque hinc satis longè remotum occupavit circa finem hujus libri: in π' *lib. 36.* cùm de substitutionibus agatur *lib. 28.* Igitur quod ad propositum attinet, si quæratur quid sit substitutio, ea sic licet definiatur; Substitutio est secundo vel ulteriore gradu facta, institutio: vel brevius & simpliciùs, est secundi hæredis institutio, *l. 1. l ex facto, 43. Lucius, 2. in fin. hoc tit.* Nam omnem substitutum veteres secundum hæredè vocant, licet longa serie substitutio facta sit, & quis tertiò vel quartò vel ulteriore etiam gradu locóve scriptus reperiatur; habito scilicet respectu non ad ordinem scripturæ, sed successionis: & quia omnis substitutus collatus cum eo, cui substituitur, & ex cujus personæ relatione nomen substituti accipit, semper secundus est. Vulgò hæc ratio affertur, quia omnis institutio, quæ fit post primam, & in locum primi hæredis deficientis rectè dicitur secunda, quemadmodum secundæ nuptiæ dicuntur, quæcumque contrahuntur post primas. Species substitutionis alij plures, alij pauciores faciunt. Doctores communiter quinque, vulgarem, pupillarem, 4 exemplarem, breviloquam, & compendiosam. Exemplarem vocant substitutionem mente capti: breviloquam, quam alij melius reciprocam, cùm hæredes instituti invicem substituuntur: compendiosam, quæ verborum hoc compendio *Quandocunque decesserit* comprehendit plures institutionum species, plures casus & tempora; veluti si pater ad eum modum substituerit filio impuberi, continebitur hic & vulgaris & pupillaris, & si fortè filius mente captus sit, etiam exemplaris; postremò militaris quoque privilegiata, si miles sit, qui substituit. *Gomez. 1. resol. 7. & 8. Graff. §. substitutio. q. 3. q. 51. & multis seqq. Sichard. in l. 8. C. hoc tit. c. 3. & Soar. ad Gomez. 1. resol. 3.* Ant. Merend. 4. cont. 6. Duarenus autem ad hunc ponunt hasce quatuor, vulgarem, pupillarem, quasi pupillarem, & militarem, rejectis breviloqua & compendiosa, ut modis substituendi, non speciebus substitutionis. Longè rectius nostro quidem judicio *Vigl Mynsh. Hotom. hic, Donel. 6. com 23.* duas duntaxat species statuunt, vulgarem & pupillarem, ad quarum alterutram formas omnes substituendi referunt, & species revocant. Etenim si genera substitutionum à casuum differentiis distinguenda sunt, pluta poni non debent, quàm duo; sicut nec plures sunt casus, in quos fit substitutio, quàm hi duo, unus, si institutus hæres non erit, qui casus primus dicitur, & est conditio vulgaris substitutionis; alter, si hæres erit, qui secundus, & proprius pupillaris, *l. 4. l. Lucius, 45. h. t. l. 8. C. eod.* potestque substitutio exemplaris, quam vocant, ἀναλόγως referri ad pupillarem, & commodiore nomine appellari quasi pupillaris, de qua agitur *§. 1. tit. seq.* Compendiosa & reciproca diversas substituendi formulas denotant, concepta semper in primum vel secundum aut utrumque casum. Quod autem miles filio puberi vel etiam extraneo in secundum quoque casum directò substituere potest, abnorme atque ex privilegio est: neque ob id necesse est separatam speciem constituere. Cæterùm nec hæc ipsa bipartita divisio alia est, quàm generis homonymi: quippè sola vulgaris substitutio, propriè substitutio est, pupillaris non tam substitutio, quàm institutio prima, utpotè per quam substitutus non testatori succedit & gradu secundo, sed pupillo & gradu primo tanquam ab ipso primo loco institutus. *Ant. Merend. 4. contr. 6. n. 12 & 13.* Obtinuit tamen ut & hæc diceretur substitutio, quia secundo loco fieri debet post institutum patri hæredem, ut declarat *Ulpian. l. 2. in fin. hoc tit.* sive quia substitutio impuberis pars est & sequela testamenti paterni, *§. liberis, 5. tit. seq.* Hæc studiosis juris præmõstrare operæ duxi, ne doctorum scripta adeuntes in vestibulo hærerent aut offenderent. Præsenti in titulo agitur de substitutione vulgari, paucis sanè & parcè pro materiæ amplitudine & subtilitate. Proponuntur primò formulæ sive modi aliquot vulgariter substituendi; post aliquid aspergitur de effectu, ut sciamus quas in partes, nullis substitutioni adscriptis, substituti vocati intelligantur, & quatenus extendenda substitutio. Dicitur vulgaris à vulgari & usitato substituendi modo, vel quia vulgò & promiscuè omnibus hæredibus à quovis testatore fieri potest. Quid ea sit, jam penè cognitum habemus, mox autem certiùs intelligetur exposito casu & vi conditionis hujus substitutionis propriæ. 5

TEXTUS.

Potest autem quis in testamento suo plures gradus hæredum facere; ut putà, Si ille hæres non erit, ille hæres esto. *Et deinceps, in quantum velit testator, substituere potest: ut novissimo loco in subsidium vel servum necessarium hæredem instituere possit.*

NOTÆ.

SUBSTITUTIONE] Substitutio est secundi vel ulterioris hæredis institutio, *l.1. hoc tit.* Est autem duplex, una vulgaris, quæ cuivis à quovis testatore fieri potest in hunc casum, si priore gradu institutus hæres non erit: altera pupillaris, quæ à parentibus fit liberis impuberibus, quos in potestate habent, in casum contrarium, si filius institutus hæres erit, & intra pubertatem decesserit: ad quam speciem ἀναλογίας referri potest & illa mente capti, de qua §.1 *tit.seq.* fideicommissariæ substitutiones huc non pertinent: de quib. *inf.tit.*23.

NOVISSIMO LOCO IN SUBSIDIUM] Defunctorum interest, ut habeant successores *l.6. de interr. in jur. fact.*

COMMENTARIUS.

1 *Substitutionem in codicillis factam sustineri in vim fideicommissi.*

2 *Gradus hæredum non ex scriptura ordine, sed ex successionis serie, quam testator fecit, æstimari.*

3 *Conditionem hanc, si hæres non erit, continere, & casum impotentiæ & noluntatis: & an uno horum expresè contineatur & alter.*

4 *Conditionem, si hæres non erit, diversimodè accipi pro diversa qualitate hæredum & personæ instituti.*

5 *Suum hæredem accepto vulgari substituto, ex necessario fieri voluntarium, salva tamen qualitate sui hæredis.*

6 *Substitutionem vulgarem in suo hærede non operari in casum impotentiæ, sed noluntatis & abstinentiæ.*

IN *testamento*] Rectè *in testamento*, ut & Marcian. *l potest 36. eod.* unde hæc descripta: nam in codicillis ut institui hæres non potest, ita nec substi-
1 tui; siquidem & substitutio institutio est, & utroque modo hæreditas directo detur; quod in codicillis non licet, §. *pen. inf. de codicill. l. quod per manus de iur. cod.* Sciendum tamen est, etsi substitutio in codicillis facta non valeat jure directo, benigna tamen interpretatione sustineri in vim fideicommissi, quasi hæredes legitimi rogati videantur hæreditatem substituto restituere. Sententia communis & usu recepta non Doctorum tantùm auctoritate, verùm etiam legum, *l. Scævola 76. ad sen. Treb. l. illud* 13 §.1. *de jur. eod. cod. l. ult* §.1. *C. eod.* Atque hanc tandem etiam, cùm in contrarium multa disputasset, amplectitur D. Viglius; & pro axiomate quodam esse jubet, multarum quæstionum arbitro.

Plures gradus hæredum] Hoc est, plures hæredum ordines, ut alij scribantur primo, alij secundo, alij 2
loco tertio, & ita deinceps, *l.2. §. defertur 4. de bon. poss. sec. tab.* In qua dinumeratione non scripturæ ordo, sed successionis spectari debet: ut ecce, in hac formula, *Titius hæres esto, si Sejus hæres non erit. Sejus hæres esto.* Sejus, qui ordine scripturæ secundus est, gradu & ordine delatæ hæreditatis est primus. Titius secundus, ac proinde substitutus, *l. si ita* 28. *de hær. inst. l.2. §. pen. & ult. hoc tit.* Nec verò etiam cohæredis adjectio gradum facit, sed omnes cohæredes uno eodemque gradu habentur, & ideò simul ad successionem ex testamento admittuntur, quemadmodum ad successionem ab intestato vocantur omnes, qui eodem gradu cognationis sunt. Ubi autem gradus à testatore facti sunt, tum scripti impediuntur simul hæredes esse, *l. cùm in testamento* 37. *de hær. inst.* nec substituto locus est, quamdiu admitti potest prior hæres institutus, *l.3 quamdiu* 69. *de acq. hær.* idque omnino postulat ordo graduum pro affectu erga hæredes à testatore descriptus, apud quem ut priore amoris gradu institutos esse apparet, quàm substitutos, ita dubium non est, quin ad illos malit, quàm ad hos hæreditatem suam pervenire.

Si hæres non erit.] Hic casus primus dicitur, & est conditio vulgaris substitutionis propria. Non semper autem hic casus plena oratione exprimitur, ut fit hoc loco; sed sæpè uno verbo substituendi significatur, ut si testator ita dicat, *Titio Mævium substi-* 3
tuo, ut pluribus institutis ita: *eosque invicem substitu.* Casus autem iste, *Si hæres non erit*, generalis est, continens in se & casum noluntatis, ut loquuntur, *si hæres esse nolit*; & impotentiæ, *si non potuerit hæres esse. fac. l. si quis* 56. *sol. matrim.* Uterque casus speciatim exprimitur, *l.3. C. de hær. instit.* Sub casu impotentiæ iterum sunt inferiores & veluti species infimæ, veluti, *si mortuus sit, si deportatus.* Quorum omnium cùm sit diversa ratio, non facilè admittendum est, quod ex communi DD. sententia Gomez, *1. var. re. sol.3. num.* 10. refert & probat, uno casu speciali expresso, aut noluntatis duntaxat, aut impotentiæ,

alterum

alterum interpretatione supplendum esse; & perinde habendum ac si uterque expressus esset: & manifestè obstat huic sententiæ. *leg* 10. *de lib. & post.* Sanè non dixerim, eum, qui expressè & specialiter substitutus est in casum deportationis hæredis instituti, intelligi debere etiam substitutū in casum mortis. Quod autem in institutione nepotis Aquiliani casus mortis per interpretationem producitur ad casum deportationis & similium, mirum nō est: quoniam omnium ex sententia Galli eadem ratio est, *l. Gallus*, 29. §. *& quid*, 5. *d. tit.* Idemque responderi potest de substitutione facta impuberi filio, in qua placet casum primum seu vulgarem expressum extendi etiam ad alterū seu pupillarem non expressum; & contra: nimirum sumptum hoc ex conjectura vnluntatis, ut pluribus docebimus *tit. seq.* quanquam non tam prudentū interpretatio 4
hoc jus introduxit, quàm specialis constitutio D. Marci *l. 4. h. t. add. Cujac. ad d. l.* 10. *de lib. & post. Duar. c. 9. h. t.* Porrò conditio hæc, *Si hæres non erit*, pro diversa qualitate hæredum personæque instituti & ipsa diversimodè accipitur. In extraneo hærede, qui sui juris sit, hoc significat, si neque sibi hæreditatē acquisierit, neque alium mutata conditione hæredem fecerit. In ejusdē qualitatis hærede, qui alieno juri subjectus est, eodem sermone hoc significatur, si neque ipse hæres erit, neque hæreditatem ei, cujus in potestate est, acquisierit, *§. ult. inst. eod.* ubi hac de re latiùs atque ex professo. In suo hærede eadem formula hoc significat, si se paterna hæreditate abstinuerit, si cùm effectu hæres non extiterit, eo, quod se bonis paternis immiscere noluerit. Nam etsi suus hæres ipso iure hæres existit, & ideò non esse sine hærede dicitur, qui suum hæredem, licet se abstinentem, habet, *l. cùm quasi*, 30 §. *sed & si*, 10 *de fideic. libert.* cujus rei notabilis effectus indicatur in specie, *l. ult. de aq. hær.* tamen cùm de excludendo substituto quæritur, & vi atque interpretatione horum verborum, *Si filius mihi hæres non erit*, ex voluntate substituentis, quam jus civile hic sequitur & approbat non nuda ista existentia, sed immixtio filij cum aditione hæredis extranei comparanda est: alioqui ne substitui quidem filio in istum casum posset: nam si nullo modo efficere filius potest, ut non sit hæres, frustrà ei substitutus datur in eum casum, quo hæres non sit, quo procul dubio continetur etiam casus noluntatis. Ac dicendū ominò videtur suum hæredem, qui in vulgarem casum substitutum accepit, ex necessario hærede fieri voluntariū, & id quidem ex ratione ipsius juris civilis, quo scilicet patri permissū necessitatem istam, in suum solius favorem introductam remittere, & quam etiam tacitè remisisse intelligatur, dato filio in vulgarem casum substituto, ut quod aliàs filius non habuisset, nisi jure prætorio, abstinendi nimirum licentiam, id nunc habeat jure proprio acceptum à patre, ac proinde ex jure civili: per *l. 12. de const. inst. l. jam. dubitari*, 86. *de hær inst.* Doctores vulgò contendunt, per vulgarem substitutionē in totum tolli jus suitatis. *arg. d. l. 12. & l. 16. de lib. & post Graff. §. substitutio. q. 9. n. 3.* sed hoc nullo modo admitti potest: alioqui nec in pupillari substitutione expressa unquam inesse posset vulgaris, nec in vulgari pupillaris; & transmissio, quæ solius suitatis ante legem Theodosij effectus erat, per vulgarem substitutionem eo tempore fuisset impedita: quæ omnia falsa sunt, priora duo manifestè, tertium, *arg. l. un. §. 5. & § cùm autem*, 13 *C. de cad. toll.* ubi Iustinianus demùm substitutum vult admitti, cùm desunt personæ, quæ hæreditatem non aditam transmittunt ex lege Theodosij, quæ unica est sub *tit. C. de his qui ante ap. tab. hær transm.* Nimirum jus transmittendi, quod soli anteà sui hæ- 6
redes & simpliciter habebant, etiam in casu substituti extendens ad personas d. lege Theodosij comprehensas. Et verò quod omnino considerandum, in persona sui hæredis duæ hæ sunt qualitates diversæ, necessarium esse & suum esse, quarum hac salva, aut saltem vulnerata tantùm illa tolli potest, uti factum videmus edicto prætoris, quo manente suitate data est abstinendi potestas. Concludendum ergò, substitutionem vulgarem in suo hærede non operari in casum & speciem impotentiæ, sed in casum noluntatis & abstinentiæ duntaxat; utique si filius patri superstes fuerit: nam si is vivo adhuc patre decesserit, nullis liberis relictis, qui quasi agnascendo testamentum rumpant; dubium non est, quin substitutioni locus sit, *Zas. tract. fust. cap. 1. in quarto effectu, Gomez. 1. res 3. n. 15. 16. & 24. Bachov. in Treutl. vol. disp. 11. thes. 7. Christin. vol. 4. decis. 16. n. 4. D. Io. à Sande lib. 4. tit 3.* Illud quoque mihi plane persuadeo, abstinente filio suo hærede, substitutum hæredem fieri jure civili, hoc est, directò ex substitutione venire, & hæreditatem adiro posse ex vi formulæ, *Si filius mihi hæres non erit, Sempronius hæres esto*: quamvis hoc non placeat Anton. Fabro, qui substitutum non ipso jure hæredem fieri, sed à prætore tantùm ad bona admitti contendit: *decad. 32. err. 7.*

Novissimo loco servum necessarium] Qui omnino legitimas successiones impedire atque in omnem casum sibi vult prospicere, ne intestati exitum faciat, is poterit in defectum priorum servum suum postremò loco instituere hæredem necessarium; quod illi quoque facere solent, quibus facultates suæ suspectæ sunt, ut auctionis infamiam,

famiam, quam metuunt deficientibus voluntarijs hæredibus, modis omnibus à se avertant, & quod in alios non potuerunt, in servos tandem transferant, §. 1. *inf. de hared. qual.* Quid si servus non loco novissimo, sed intermedio substitutus sit, aut ipsi primo instituto substitutus datus? Putarem contra Viglium cum Io. Fabro, defendi posse, dominum videri servo remisisse adeundi necessitatem dando ei substitutum in eum casum, quo hæres non esset, utrique si substitutus hæreditatem adire paratus sit, *arg. l. 12. de cond. inst.*

TEXTUS.

1. *Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium; vel singuli in singulorum, vel invicem ipsi, qui hæredes instituti sunt.*

NOTÆ.

1. VEL INVICEM IPSI] *leg. 36. §. hoc tit.* Vide comment.

COMMENTARIUS.

COmplures sunt formæ substituendi. Substituuntur vel extranei, vel ipsi hæredes instituti. Prior species variatur quatuor modis: nam & singuli singulis, & plures pluribus, & plures uni, & pluribus unus substitui potest. Secundus modus, hoc loco, & apud Marcianum, *l. potest, 36. §. 1. eod.* omissus est, fortè de industria, quia eadem illius, quæ primi, ratio est. Illud autem in his omnibus tenendum, ut substitutis locus fiat, necesse esse, ut anteà primo gradu instituti defecerint, quocunque casu ex superioribus modis substitutio facta proponatur: hoc enim perpetuò exigit natura & ratio substitutionis, adeò ut nulla etiam videatur esse causa dubitandi, nè in postremo quidem casu, ubi unus pluribus substitutus sit: Nam qui ita loquitur, *Octavius & Nonius hæredes sunto, si non erunt, Decius esto*: is utique apertè significat, se velle, institutos & ambos & singulos substituto præferri, atque hunc non aliter admitti, quàm si neuter illorum hæres fuerit; quod ipsum disertè quoque traditum est, *l. 4. C. de impub. & al. subst.* Quare vix est, ut credam, apud veteres juris auctores de eo dubitatum fuisse, quamvis id persuasum fuerit Justiniano, *l. pen. C. d. tit.*

Vel invicem ipsi] *l. cum in testamento, 37 §. 1. de hær. inst.* Hæc est substitutio, quam Modestinus reciprocam vocat, *l. 4. §. 1. hoc tit.* Papinianus mutuam *l. cùm proponebatur, 64. de legat. 2.* exemplum extat apud Sueton. *in Tiberio, c. ult.* DD. vulgò appellant breviloquam, vocabulo non satis rei conveniente: neque enim ex verborum brevitate æstimatur, sed ex reciprocatione formulæ, quam nihil prohibet longiore oratione concipere, ut fecit Theophilus, & notavit D. Viglius. Modus autem substituendi est, non species substitutionis, ut superiùs diximus, & pupillari quoque convenit, *d. l. 4. §. 1. in. 1.*

TEXTUS.

2. *Et si ex disparibus partibus hæredes scriptos invicem substituerit, & nullam mentionem partium in substitutione habuerit, eas videtur in substitutione partes dedisse, quas in institutione expressit: & ita divus Pius rescripsit.*

NOTÆ.

2. EX DISPARIBUS PARTIBUS] Species: *Octavius ex uncia hæres esto, Nonius ex besse, Decius ex quadrante; eosq; invicem substituo.* Hic repudiante Decio dividetur quadrans in novem partes, ex quibus octo feret Nonius, unam Octavius, *l. 24. eod.* Malè exemplum posuit Th. in duobus hæredibus invicem substitutis: verum tamen est quod dicit, & malè carpitur à Pac.

IN INSTITUTIONE EXPRESSIT] Quia non est verisimile testatorem pluris eos fecisse, cum substitueret, quàm cùm institueret, fac *l. 74. de leg. 1.* Vid plura in comm.

D. PIUS RESCRIPSIT] *l. 1. C. eod.* congruunt, *l. 5. & d. l. 25. D. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Hæredes ex imparibus partibus institutos, atque invicem simpliciter substitutos, ex substitutione in partes hæreditarias vocatos intelligi: & quomodo hæc regula temperanda, n. 2.*

PLuribus hæredibus etiam ex certis partibus institutis, si unus simpliciter substitutus fuerit, hic illis deficientibus totum assem ex substitutione feret: si plures pluribus eodem modo substituti, singuli ex partibus æquabilibus hæredes erunt, licet inæquales adscriptæ sint institutis, quippe cū hic discerni non possit, quis cui substitutus sit. At si singuli singulis, tum eam quisq; partem habebit, quæ adscripta primo, cui substitutus est. Dubium quoque non habet, si testator hæredes institutos mutuò substituens in substitutione easdem partes nominatim servari voluit quas in institutione expressit, aut si alias partes in substitutione

tutione fecit, quin voluntas servanda sit. Sed hoc quæsitum est in substitutione reciproca, si testator hæredes ex imparibus partibus institutos invicem simpliciter substituerit, hoc est, nullarum in substitutione partium mentione facta, utrùm in partes viriles, an in hæreditarias ex substitutione vocati intelligi debeant. Et D. Pius voluntatem testatoris in hac substitutione sic interpretatus est, ut videatur testator eos vocasse in portiones hæreditarias, hoc est, ex iisdem partibus substituisse, ex quibus instituti sunt, *l. 5. l. si plures, 24. h. t. l. 1. C. eod & hoc text.* Optima sanè ratione: neque enim verisimile est testator rem pluris eos fecisse in gradu secundo, quàm in primo; cùm substitueret, quàm cùm institueret: ut proinde partes, quæ in institutione expressæ sunt, repetitæ videri debeant in substitutione: qua eadem ratione etiam legata ab institutis relicta à substitutis repetita esse intelliguntur, *l. licet, Imp. 74. de legat. 1.* & clausula quoque sive conditio in institutione apposita in substitutione repetita, utique si eadem sit, aut par utrobiq; ratio, *arg. l. 14. de legat. 1. l. 1. C. de impub. & al. sub. Ant. Fab. C. suo, tit 7. defin 3. Christin. vol. 4 decis. 13. n. 7.*

Invicem substituerit] In duobus hæredibus invicem substitutis huic quæstioni locus esse non potest: siquidem uno ex duobus deficiente alterum semper, quod reliquum est, habere oportet & in solidum hæredem fieri. Sed minimum tres institutos eosque invicem substitutos ponamus necesse est; verbi causa, uti Ulpianus speciem proponit, *d. l. 24. hoc tit.* si unus ex uncia, secundus ex besse, tertius ex quadrante sit institutus, repudiante tertio in novem partes dividetur quadrans, feretque octo partes, qui ex besse institutus est, unam partem, qui scriptus ex uncia. Manifestum igitur est, malè omninò Theophilum hunc locum interpretatum esse, cùm in duobus institutis invicemque substitutis exemplum posuit.

Quas in institutione expressit] *Vlp. d. l. 24.* hoc sic temperat, *nisi alia mens fuerit testatoris.* Quibus verbis interpretes denotari & excipi putant etiam casum, quo non simpliciter & tribus verbis omnes invicem substituuntur, aut quidam sub appellatione hæredum alicui ex cohæredibus, putà hoc modo, *Si Titius hæres non erit, quisquis erit, ex parte quoque Titij esto*: aut, *Cæteri quos primo loco scripsi, sunto*: sed repetitis in substitutione propriis singulorum nominibus, veluti hoc modo, *Titius eis quincunce, Mævius ex triente, Sempronius ex quadrante hæredes sunto. Si Titius hæres non erit, Mævius & Sempronius ex parte quoque Titij hæredes sunto.* Hic secundum communem sententiam Mævius & Sempronius in portione deficientis Titij viriles, hoc est, æquales non hæreditarias partes habebunt; idque ex non obscura voluntate testatoris, qui in substitutione propria cujuscunque nomina repetens, jam non ad partes in institutione datas, sed ad personas & numerum substitutorum substitutionem retulisse dicendus sit, *arg. l. nonnunquam, 24. ad sen. Treb. l. si hæredes. 124. de legat. 1. l. si communis, 37. de stip. serv.* Atque hanc sententiam etiam D. Viglius probat, ac præceptori suo D. Francisco Curtio, cui ea displicebat, propterea quod Iurisconsultus in *d. l. 24. hoc tit.* requirit voluntatem evidenter expressam, respondit, expressionem propriorum nominum ex interpretatione prudentum vim expressæ voluntatis in hujusmodi quæstionibus habere. Idem probandum est si testator æquale onus substitutis imposuit, per *l. quotiens, 23. ad sen. Treb. Gloss. in l. 1. C. de impub. & al. subst. Gomez 1. res. 5. n. 20. D. Tulden. comm. hic, c. 2. Christin. vol. 4. decis. 13. n. 7.*

TEXTUS.

3. Sed si instituto hæredi, cohærede substituto dato, alius ei substitutus fuerit; divi Severus & Antoninus sine distinctione rescripserunt, ad utramq; partem substitutum admitti.

NOTÆ.

3. SED SI INSTITUTO HÆREDI] Species: *Primus & secundus hæredes sunto: Si P. hæres non erit, S. hæres esto: si S. hæres non erit, Tertius hæres esto;* verius est, in utramque partem hic Tertium substitutum esse *l. 27. 41. eod.* ex quo jure hæc regula fiat; *Substitutus substituto intelligitur etiam substitutus instituto.*

SINE DISTINCTIONE] Id est, sine distinctione mortis & scripturæ; ut nihil interfit, prior substitutus post institutum, an antè decesserit; nihil quoque utrùm antè primam substitutionem secunda facta sit, an posteà hoc modo: *Primus & Sec. hæredes sunto: si S. hæres non erit, Tertius hæres esto. Si P. hæres non erit, S. hæres esto, l. 41. pr. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *An in specie hic proposita utraq; pars defecta jure substitut. ad sec. substitutum pertineat.*

2 *Scævola cum Papiniano conciliatus.*

SI paterfa. Titio & Mævio hæredibus institutis, Titium Mævio sine reciprocatione substi-

tuerit, & Titio Sempronium certũ est, deficientis Titii partem non accrescere Mævio cohæredi Titij, sed ad Semp. jure substitutionis pertinere quippè cùm verba illa, *Si Titius hæres non erit*, generalia sint; & utrumque casum mo plectantur, sive hæres non erit ex institutione, sive non erit ex substitutione. Cæterùm hæc species huc non pertinet. Et malè Hotoman. tali exemplo usus est ad hujus loci declarationem. Hic enim non tantùm quæritur de parte ejus, qui cohæredi suo substitutus aliũ substitutum accipit, sed etiam de parte cohæredis, cui ille alius expressè substitutus non est, & nimirum si uterque defecerit, an pars utriusque ad illum uni tantùm substitutũ jure substitutionis pertineat. Quod hic affirmatur, & in *l. si Titius*, 27. *l. cohæredi*, 41. *in pr. h. t.* Ex hoc igitur jure hæc regula fiat; *Substitutus substituto intelligitur etiam substitutus instituto.*

Sine distinctione ad utramq; partem] Si scilicet neuter hæres extiterit. Videamus primùm de partibus: deinde explicabimus, quid illud sit, quod ait, sine distinctione. De partibus dubitari poterat; non an ambæ ad substitutum pertineant, sed an pertineant jure substitutionis, tanquam ad substitutum utrique. Nam si verbi causa Mævius, cui Titius cohæres & substitutus datus est, antè Titium defecerit, Sempronius Titio substitutus deficiente deinde Titio; ad utramque quidem partem sine dubio admittitur, sed ideò ad partem quoque Mævij dixerit aliquis, non quod huic quoque substitutus intelligatur; sed quia vel deficientis Mævij pars Titio cohæredi, cui Sempron. substitutus, jam priùs accrevit; vel quia nunc ipsi accrescit Sempronio. Verùm priùs illud nullo modo dici potest, quia deficientiũ portiones non accrescunt aliis, quàm qui ex sua parte hæredes extiterunt, *l. un. §. his ita*, 10. *C. de cad. toll.* unde portio portioni accrescere dicitur instar alluvionis, *l. si Titio*, 33. *in fin. de usufr.* Quod si Titium hæredẽ extitisse ponimus; expiravit substitutio, *l. 5. C. de imp. & al. subst.* Posterius teste Vigl. visum est nonnullis veterum interp. ut Dyno, Io. Fabro, atque ex recentioribus Lancell. Polito, qui etsi dicatur Sempron. in utramque partem in specie proposita substitutus, neutiquam tamen dici posse contendit, reverà substitutum esse Mævio. Sed meritò DD. comm. quos & Vigl. sequitur, hoc improbant. Quæ enim potest esse dubitandi ratio, si dicamus, partem Mævij accrescere Sempronio, cui etiam accresceret, etsi Titius Mævio substitutus non esset; Et igitur aut frustrà & ineptè talis casus proponitur, quo Titius cohæredi substitutus est, aut hoc operabitur substitutio Titij, ut Titio substitutus etiam ei, cui Titius substitutus est, tacitè substitutus esse intelligi debeat. Atque hoc ipsum satis apertè docet hoc loco Iustinianus, cùm ait, substitutum ad utramq; partem admitti videlicet eodem jure atque ex substitutione, de qua sola hic disputatur, & quia, ut disertè ait Iurisconsultus in *d. l. 27. h. t.* in utramque partẽ substitutus intelligitur. Sed quid refert, ex substitutione, an jure accrescendi dicamus portionẽ etiam Mævij Sempronio deferri? Nihil quidem admodum in casu proposito. Sed finge, præter Titium & Mævium, Caium quoque hæredem institutum, hic jam Sempronio proderit jure substitutionis deferri portionẽ Mævij, ut excludat Caium, quem non excluderet in jure accrescendi. Illud non animadverto, quomodo huic applicari possit, quod præterea Bachovius notat, jus accrescendi sequi hæredem ejus, qui portionem suam agnovit, quantumvis antè decesserit, quàm ipsi quicquam accresceret substitutionem autem ad hæredem nõ transmitti, *l. 9. de suis, & leg. l. totiens*, 81. *de acq. her.* Quid autem illud est, quod ait Imp. *sine distinctione admitti?* Nimirum hoc explicandum ex responso Papin. *l. cohæredi*, 41. *in pr. h. t.* Primùm nihil interesse ratione ordinis scripturæ, utrùm antè primam substitutionem secunda facta sit, an posteà, veluti in hoc exemplo, *Titius & Mævius hæredes sunto; si Titius non erit, Sempronius esto; Si Mævius non erit, Titius esto.* Secundò nihil interesse; utrùm prior substitutus post institutum, an antè decesserit. Sed hic Papiniano objicitur Scævola, *l. qui habebat*, 47. *eod.* Species, quam ibi Scævola proponit, est hujusmodi; Qui filium & filiam impuberes habebat, instituto filio hærede filiam exhæredavit; & si filius intrà pubertatẽ decessisset, filiam eidem substituit; filiæ, si antequam nuberet, decessisset, uxorẽ suam, item sororem. Et respondet, si filia impubes prior decesserit; deinde frater ejus impubes, hæreditatem filij ad uxorem & sororem testatoris jure substitutionis non pertinere. Accursius, quem bona pars DD. sequitur, ait, Scævolam sic respondisse, quia in casu illic proposito secunda substitutio jam extincta erat pubertate filiæ: sic enim ille locum legit: *cùm filia pubes prior decesserit*. Et quia sciebat, apud alios legi *impubes*. (quomodo text. quoque Pisanus & Noricus habent) notat, *olim impubes, nunc pubes*. Sed in tali casu non debebat Iurisconsultus distinguere, cùm nec si post institutum substitutus jam pubes & hæres factus decesserit, ex secunda substitutione quisquam admitti possit. Bachovius putat, in pupillari substitutione diversum jus esse, aut saltem in specie, *d. l. 47.* ubi pupillo non cohæres substituitur, sed filia exhæredata, eandem [illegible] luntatis interpretationem non admitti, ut scilicet

substi-

substituti substitutæ videantur etiam substituti instituto. Atqui idem adhuc dicendum videtur favore pupilli, ad cujus utilitatem pertinere creditur, ut substitutum habeat, *l. Iulianus 42. de acq. her.* Deinde si in pupillari substitutione alio jure utebantur, cur non simpliciter Iurisconsultus respondet, hæreditatem instituti jure substitutionis ex secunda substitutione non deferri? Nisi compositorum socordiæ adscribendum, quod responsum Scævolæ in Pandectas retulerint, cùm rescripto Impp. Severi & Antonini distinctio illa, qua Scævola utitur, sublata esset, mallem cum Viglio dicere, Imperatorum rescriptum loqui de duabus partibus unius hæreditatis, Scævolam respondisse de duabus hæreditatibus, ad quas rescriptum istud temerè producendum non sit, sed in quibus vetus distinctio adhuc obtineat, utrùm prior substitutus autem, an post institutum decesserit.

TEXTUS.

4. *Si servum alienum quis patremfamilias arbitratus hæredem scripserit, & si hæres non esset, Mævium ei substituerit; isq; servus jussu domini adierit hæreditatem, Mævius substitutus in partem admittitur. Illa enim verba,* Si hæres non erit, *in eo quidem, quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur.* Si neque ipse hæres erit, neque alium hæredem effecerit: *in eo verò, quem patremfamilias arbitratur, illud significant,* si hæreditatem sibi, vel ei, cujus juri posteà subjectus esse cœperit, non acquisierit. *Idque Tiberius Cæsar in persona Parthenij servi sui constituit.*

NOTÆ.

4. SI SERVUM ALIENUM] Ex *l. 40. cum seq. de her. instit.*

IN PARTEM ADMITTITUR] Th. τὸ ἥμισυ λαμβάνει. rectè: pars enim ἁπλῶς posita dimidiam significat, *l. 43. de usufr. l. 164. §. de verb. sign.* In specie *d. l. 40.* Sempronius cohæres servo substitutus fuit: ideò unum semissem Sempronius habet ex institutione, alter semis inter eum & dominum servi instituti dividitur, add. quæ ibi not Gothofr.

SUBJECTUM ESSE TESTATOR SCIT] Et hoc casu in totum excluderetur substitutus, *l. 7. de acq. her.* secus in proposito propter falsam opinionem & incertitudinem voluntatis testatoris, media via electa est, ut aliàs sæpè.

TIBERIUS CÆSAR] Pompon. *l. 41. de her. instit.*

COMMENTARIUS.

1 *Si filiusfam. hæres institutus sit, eiq; si hæres non esset, substitutus datus, utrùm repudiante filio pater, an substitutus admittendus.*

2 *Pleraq; alia quæstiones, quæ hic tractari solitæ, obiter excussæ & definitæ.*

3 *Vtrùm in casu hic proposito inter dominum instituti & substitutum hæreditas ex æquo dividenda, an sic, ut ille dodrantem, hic quadrantem dumtaxat ferat.*

IN explicatione pr. hujus tit. diximus, hæc verba, *Si hæres non erit*, in persona patrisfam. significare, si nec ipse hæres erit, nec alium hæredem mutata posteà conditione fecerit. In eo, qui alieno juri subjectus est, eodē sermone hoc significari, si vel ipse hæres non erit, vel ei, cujus juri subjectus est, hæreditatem non acquisierit. Et igitur si paterfam. hæres institutus in eum casum substitutū accipit, *Si hæres non erit*, isque vel in eodē statu manens sibi hæreditatem acquisierit, vel mutata antè testatoris mortem conditione, servus aut filiusfam. factus, dominum aut patrem hæredem fecerit, in solidum excludetur substitutus. Similiter si servus aut filiusfam. hæredes instituti, & in casum, quo hæredes non erunt, substitutum acceperit, & aut ipsi mutata conditione antè mortem testatoris sibi hæreditatē acquisierint, aut in eo statu manentes dominū aut patrem hæredes fecerint, substitutus itidem in totū repellitur, *l. si paterfam. 40. de her. instit. l. 7. de acq. her. l. 5. C. de imp & al. subst. & hoc text.* Cæterùm hoc ita, si testator non ignorabat, eum, quem hæredem instituit, in aliena esse potestate: nam si patremfam. esse putabat, qui servus alienus erat, hic propter falsam opinionem & incertitudinem voluntatis testatoris media via electa est, ut substitutus cum domino servi in patrem admittatur, *d. l. 40. & seq. de her. instit. & hoc §.* Nam ex ratione juris dominus solus admittendus videbatur, cùm magis sequendum id, quod in veritate est, quàm quod in opinione. Pro substituto autem facit præsumpta voluntas testatoris, qui non videtur domino consulere voluisse, eum hæredem instituens, quem ignorabat dominum habere. Quæsitum est, si 1
filiusfam. hæres institutus. eique hac conditione si hęres non foret, substitutus datus sit, utrùm repudiante filio pater, an substitutus admittendus. Duarenus *in comm. ad hunc tit. cap. 10.* pro parte

patre respondet: Viglius ad *hunc §.* pro substituto. Ego cum Viglio censeo, substitutum patri præferendum, quippe cùm ille ex manifesto judicio testatoris veniat, hic non item: tum etiam, quia repudiante filio existit conditio substitutionis, qui in extraneo hærede instituto, qui alieno juri subjectus est, hunc sensum habet, si neque ipse hæres erit, neque eum, cujus in potestate est, hæredem fecerit. quorum neutrum fit in proposito, *l.3. C. de hær. inst.* Ad hæc si cohæres filio datus repudiante filio patrem excludit, quanto magis substitutus: constat enim, jus substitutionis potentius esse jure accrescendi *l.2.§. si duo, 8. de bon. poss. sec. tab* In contrarium movetur Duarenus his rationibus. Primùm quia Iustinianus, *l. ult. §. 2. C. de bon. quæ lib.* filio repudiante jus adeundi patri concedit, perinde ac si ipse institutus esset. Sed respondemus, constitutionē istam, ut exorbitantem, cancellis suis continendā, neque extendendam esse in præjudicium ejus, qui venit ex testatoris expresso judicio, substituti videlicet; quem utique magis testator dilexit, quàm patrem, cujus contemplatione institutio facta non præsumitur, sed amore filij duntaxat. Conservare quodammodo voluntatem defuncti voluit Iustinianus, non evertere: & vulgatum est, provisionem hominis facere, ut cesset provisio legis: adeoque non dubito, quin etsi cohæres filio pater datus esset, nihilominùs tamē filio repudiante à substituto excluderetur, *d l 2.§. si duo, sec. tab.* Aliud argumentū ducit Duar. à conditione substitutionis, quam putat non minùs repudiante, quàm adeunte filio deficere, propterea quod repudiatione sua patrem hæredem faciat, *arg d.l. ult, §. 2. C. de bon. quæ lib. junct. d.l si paterf. de hær. inst. & hoc nostro §.* Verum in hoc manifestè errat: nam etsi per occasionē repudiationis filij pater hoc consequitur, ut ipse hæreditatem filio delatam adire possit; non tamen hoc consequitur per filiū, sed beneficio legis, quod cessare debet; ubi testator ipse alium hæredē sufficit. Per filium ergò, qui repudiavit, pater hæres non fit, sed sua ipsius aditione, ex persona propria vi constitutionis Iustinianeæ, quæ eum habet pro instituto, ubi scil. alius à testatore non vocatur: nam voluntatem testatoris modis omnibus sartam ac tectam leges omnes conservant. Non aliter autem dominus aut pater per servum aut filium hæredes existere possunt, aut hi illos hæredes facere, quàm adeundo: repudiando autem nequaquam, *l.7. de acq. hær. l.3. C. de hær. inst. & hoc text.* & alioqui etiam quivis hæres institutus hæreditatē recusans adire dici posset eos, qui ab intestato veniunt hæredes facere, & cohæres cohæredē; atque ita fieret, ut ferè semper excluderetur substitutus, contra manifestā voluntatem testatoris. Nec movere debet quod Ulp. respondet, filium repudiando patri non nocere, *l 13. de aq. hær.* Hoc enim non eam sententiam habet, filio repudiante patrem nihilominùs per eum hæredem fieri: sed repudiationem filij non obstare, quominùs filius jubente posteà patre adhuc adeat. Postremò hoc modo argumentatur Duarenus; Si pater & filius una eademque persona censetur, *l. ult. C. de int. & al. subst.* nihil referre debet, utrùm filius ipse hæres institutus, an pater hæreditatem adeat. Sed non animadvertit, hoc argumentū in se retorqueri posse, hoc modo; Si pater & filius una persona censentur, filio per repudiationē ab hæreditate remoto, etiam pater ejus remotus intelligi debet. Verùm huiusmodi fictionibus juris non est abutendū ad evertendas voluntates defunctorū, quæ in testamentis totum faciunt, *l. ex facto, 35. §. rerum. de hær. inst.* Ita cum Vigl. sentiunt, & Salicet. *in d.l. ult. C. de bon. quæ lib. Polit. de vulg. subst. Fachin 4. cont. 63. Aut. Fab. decis. 33. err. 7. Dion. 6. comm. 24. Bachov. in Treutl. vol. 2. disp. 11. thes. 7.* dissentiunt cum Duaren. *Bart in l. 1. h. t. Gloss. Cyn. Castr. in d. l ult. Merend. 4. cont. 8. Graff §. substit. q. 9. n. 4.* Solent & aliæ quæstiones hoc loco agitari quas obiter excutiemus; nam instituti ratio non patitur, ut singula exequamur accuratè. Prima est, [2] utrùm indigno aliquo hærede instituto, eique substituto dato in casum, quo hæres non erit, fiscus potior sit, an substitutus, hoc est, utrùm in proposito fiscus hæreditatē indigno auferat, an locus sit substituto. Ego cum Duar. *d.c. 10. & DD. com. Grass. d.q. 9 n. 8.* pro fisco contra substitutū responderem, per *text. in l. cùm quidem, 12. & jus regul. t. ut. de his qui ut indign.* neque pœna instituti hæredis debet esse præmium substituti, ut generaliter definit Papin. *l. si sequens, 15. de senat. Sctan.* Non idem juris est in institutione planè incapacis, putà deportati: nam talis institutio cùm pro non scripta habeatur, *l. 1. C. de hær. inst.* testamentū à substitutione exordium capiet, *arg. l. 3. §. ult. de lib. & post.* Alia quæstio est, uter præferendus, substitutusne, an is, in quem extra casum substitutionis hæreditas non adita transmittitur. Iure veteri, sui hæredes potestate nudæ existentiæ hæreditatē transmittebant in hæredes quoscunque, *l. 3. C. de iur. del. l. 8. C. de suis & leg. hær.* Ex constitutione Theodosij liberi omnes delatā sibi à parentibus hæreditatem transmittunt ad descendentes suos, *l. un. C. de his qui ant. apert. tab.* Est item & tertium genus transmissariorum, in quos non hæreditas, sed jus deliberandi transfertur ex lege Iustiniani, *l. cùm in antiquioribus, 19 C. de jur. del.* Pro triplici ergò hac transmissariorum differentia primò quæritur, si suus hæres, q[illegible] casum,

casum, quo hæres non foret, substitutum accepit, antequam se bonis paternis immiscuisset aut abstinuisset mortuus sit, utrùm vi solius existentiæ hæreditatem transmittat ad successores suos, an admittendus potiùs substitutus. Et communis quidem sententia est substitutum admittendum excluso transmissario sive hærede instituti, quoniâ substitutio vulgaris perimat jus suitatis. Sed hoc perspicuè falsum est, ut ostendimus, *sup. in not. sub fin. pr. eod.* ubi plenissimè probavimus, jus suitatis in proposito salvum manere, licet necessitas remissa intelligatur, neque substitutionem vulgarem in suo hærede operari in casum impotentiæ, sed abstinentiæ duntaxat. Insignis verò error est Io. Deck. *lib. 1. dissert. 14. n 43.* asserentis, ideò per vulgarem substitutionem tolli transmissionem, quæ ex jure suitatis est, quia suus hæres institutus non aliter ex testamento hæres sit, quàm si se immiscеat, notissimi enim juris est, suos hæredes tam ex testamento, quàm ab intestato statim atque ipso jure hæredes existere, *§ 2. inf. de har. qual. l. 1. §. qui sunt, 6 si quis omiss. ca. test. l. 3. Cod. de har. inst. vid. Ant. Fab. dec. 34. err. 4.* Secundò, utrum substitutio potior, an transmissio ex constitutione Theodosij, *d. l. un. Cod. de his qui ant. ap. tab.* Hic item pro transmissario contra substitutum respondeтè per *l. un. §. cum autem, 13. C. de Cad. toll.* ubi jus transmittendi, quod anteà sui hæredes soli & simpliciter habebant, etiam in casu substitutionis Iustinianus disertè extendit ad personas lege Theodosiana comprehensas, *Duar. d. c. 10. Ant. Fab. d. err. 4.* estque hæc sententia etiam communiter recepta. *Graff. d. q. 9. n. 3.* neque Io. Deckherus, *ubi sup.* quicquam affert, quod me in contrarium trahat. Tertiò, utrum transmissio juris deliberandi ex lege Iustiniani, *d. l. cùm in antiquioribus, Cod. de iur. del.* excludat substitutionem, an hæc illam. Hic ego pro substituto responderem contra transmissarium Iustinianæum, cum *Salic. in d. leg 19. Ang. Rip. in l. 1. hoc tit. Zas. tract. subst. cap. 1. in tertio effect. vers. tertia species Polit. de vuig subst. n. 92. & seqq. Anton. Fab. d. dec. err 5. Deckher. d. dissert. n. 44.* neque enim nova & exorbitans constitutio facilè extendi debet cum injuria tertii, qui pro se habet & provisionem hominis & simul voluntatem legis; potestque locus Iustiniani, *d. l. unic. §. 5 junct. §. cum autem, 13. C. de cad. toll.* quin contrarium adducitur, commodè referri & restringi ad duas priores species transmissionis, ut propriè verba Imperatoris accipiantur, & de his solis, qui ipsam hæreditatem transmittunt, *diff. hic Duar. d. c. 10. & DD. comm. Gomez. 1 var. 3. n. 25. Graff. d. qu. 9. n. 3. Christin. dec. 17. n. 2. Fachin. 4. cont. 62.* Postremò quæritur, quid juris sit, si institutus beneficio ætatis contra aditionem restitutus sit, quæstio hæc omnium est difficillima. Sententia communis est convalescere substitutionem, *arg. l. ex contractu, 44. de re jud. l. 1. §. antep. leg. 2. §. si bonorum, 10. ad senat. Tert. Gloss. Salyc. Cyn. & alij. in leg. 5. Cod. de imp. & al. subst.* & hanc sequuntur. *Ant. Fab. 3. conject. 4. Don. 6 com. 24.* sed contraria de jure verior videtur, *per d. leg. 5. & textus perspicuos, in l. ult. de success. edict. leg. 7. §. sed quod Papinian. 10. & ib. Cujac. & Paul. Bus. de minorib.* Neque temerè beneficium restitutionis extrà personam minoris in alterius favorem porrigi debet. *Zas. tract. subst. cap. 1. vers. secundò limitate Duar. d. cap. 10. Ant. Merend. 4. cont. 9. Bachov in Treut. vol. 2. disput. 11. thes. 7. Peres. ad tit. Cod. de imp. & aliis, subst. nu. 7.* Utrùm autem excluso substituto hæreditas ad legitimum successorem pertineat, quod placet Duar. Bachov. & Merendæ, an fisco locus fiat. Quod Cujacio, Busio, in medio relinquimus. Nunc ad institutum redeamus.

Mævius in partem admittitur] Non exprimit in quotam: & ita quoque simpliciter scriptum est, in *t. & hoc, 41 de her. inst.* hæreditatem dividi inter dominum instituti & substitutum. Sed utrùm ex æquo, ut dimidiam partem hæreditatis dominus, dimidiâ item substitutus ferat; an ut ille dodrantem, hic quadrantem duntaxat, ut *Gloss. & DD. comm.* voluerunt? Non ambigo, quin ex æquo. Quomodo hunc locum & Theophil. interpretatus est. Et interpretandum esse vel hoc unum argumento esse debet, quod partis nomen, nisi quid aliud adjiciatur, semper dimidiam significet, *l. nomen, 164. §. 1. de verb. sign. l. etiam, 43 de usufr.* Et rogo in re dubia, ubi paria in utramque partem argumenta afferuntur, quam rationem vel in speciem habere potest inæqualis ista distributio? Quinimò si partes inæquales faciendæ, substituto potiùs favendum erat, cui & verba & voluntas testatoris suffragantur, quàm domino qui mera tantùm ratione juris nititur, & de quo testator cogitare non potuit, cùm eum instituerer, quem ingenuum putabat. Obstat tamen huic sententiæ, *d. l. si patersam. 40. de her. inst.* ubi Iulianus in hac ipsa specie aliam partitionem facit, & duos vult semisses fieri, ita ut alter semis inter dominum & substitutum æquis portionibus dividatur: cumque de altero semisse nihil definiat, cùm domino plerique assignaverunt. D. Cujacius existimat, pro *alter semis*, uti in extremo, *d. l. 40.* legitur; legendum *as*, mendumque natum ex errore notarum. Alciatus 1. *disput. 2.* scribit, se in veteri exemplari ita legisse *in pr. d. l. eiq; si hæres non esset, Sempronium cohæredem substituerit.* Quam lectionem verba in calce ejusdem responsi posita mirè ju-

vant. Ait enim Iulianus, *Igitur in hoc casu duo semisses fient.* Cur ait, in hoc casu, nisi ut significet, se talem casum proposuisse, cui conveniret hæc divisio? nempè quando servo, qui liber putabatur, cohæres substitutus est: in aliis autem non idem juris esse. Igitur in casu à Iuliano proposito de uno semisse ambigi non poterat; quippè quem Sempronius ex institutione accipit, non dominus servi: de altero poterat: & hunc Iulianus ait dividi oportere inter dominum servi & Sempronium. Et meritò, quia in hunc tantùm semissem erat substitutus. Atque ita nunc cordatiores omnes sentiunt, quorum pars emendationem Cujacij, pars Alciati lectionem probant, aut quod ipse addit, intelligunt, in re ipsa consentientes. Planè si manifestè appareat, testatorem per eum, quem opinionis errore liberum esse credens hæredem instituit, ad alium quemquam hæreditatem pertinere noluisse, conditio substitutionis exiit, & soli defertur hæreditas substituto, *l. 3. C. de her. inst.*

TITULUS XVI.

De pupillari Substitutione.

Vnde hæc substitutio dicatur pupillaris, & quo adspectu substitutio. Simul argumentum tituli.

SEQUITUR directæ substitutionis species altera, quæ à subiecto dicitur pupillaris, quia scilicet solis fit pupillis, non ut prior illa promiscuè quibusvis. Etsi autem is demùm pupillus dicitur; qui cùm impubes sit, in potestate patris esse desiit, *l. pupillus, 239. de verbor. sign.* tamen quia vis omnis testamenti & substitutionis confertur in mortem testatoris, id est, in id tempus, quo filius pupillus futurus est, rectè hoc respectu pupillaris vocatur. Prior illa vulgaris, ut benè observavit D. Viglius, verè substitutio est, sive secunda substitutio est, qua testator in casum, quo primo gradu institutus hæres futurus non est, alium sibi hæredem facit; ac proinde per quam succeditur ipsi testatori. Hæc autem non tam substitutio est, quàm institutio prima: quippè per quam non ei, qui testamentum fecit, & gradu secundo succeditur, sed pupillo, cui testamentum factum est, & gradu primo, perinde ac si ipse pupillus sibi hæredem fecisset Quod evidentius apparet in substitutione exhæredati. Quamobrem meritò Hotomannus à Bachovio notatur, quod ille inverso modo vulgarem substitutionem magis institutionem, pupillarem autem propriè censet esse substitutionem. Cur verò cùm pupillaris propriè substitutio non sit, eo tamen nomine à veteribus appelletur, dixi præc. tit. nempè sic appellatur ex comparatione hæredis paterni, eò quòd pater sibi priùs, deinde secundo loco filio hæredem instituere debet, & non à testamento filij incipere, *leg. 2. in fin. hoc tit.* Porrò substitutio pupillaris, ut genus πρὸς ἕν, dividi potest in propriam seu veram, & quasi, seu exemplarem. Utraque fit in eum casum, quo institutus hæres erit; pupillaris liberis impuberibus, si hæredes extiterint & intrà pubertatem moriantur; his ita, si hæredes extiterint & decesserint in eadem mentis alienatione. Summa eorum, quæ hoc tit. traduntur, hæc est. In principio docetur, qui quibus pupillariter & qua forma substituant, quis hujus rei effectus, & unde illud manarit. Inde agitur de substitutione quasi pupillari, sive mente capti: & mox effectus pupillaris substitutionis repetitur: dein parentibus formidolosis tuta monstratur substituendi ratio. Hinc jam amplius quibus pupillariter substitui possit, declaratur: tum proponitur generalis quædam & communis forma: ac postremò sequuntur contraria.

TEXTUS.

Liberis suis impuberibus, quos in potestate quis habet, non solùm ita, ut supra diximus, substituere potest, id est, ut si hæredes ei non extiterint, alius sit ei hæres: sed eo amplius, ut si hæredes ei extiterint, & adhuc impuberes mortui fuerint, sit eis aliquis hæres: veluti si quis dicat hoc modo, Titius filius hæres mihi esto. Et si filius mihi hæres non erit: sive hæres erit, & priùs moriatur, quàm in suam tutelam venerit, *id est, antequam pubes factus sit,* tunc Seius hæres esto. *Quo casu, siquidem non extiterit hæres filius, tunc substitutus patri sit hæres: si verò extiterit hæres filius, & antè pubertatem decesserit, ipsi filio sit hæres substitutus. Nam moribus institutum est, ut quum ejus ætatis filij sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.*

NOTÆ

NOTÆ.

QUOS IN POTESTATE] Et ideo nec mater liberis suis, nec pater filio emancipato pupillariter substituere potest, *l. 2. h.t.* Sed nec avus nepoti ex filio, quem in potestate habet, nisi ex formula legis Velleiæ, *Si filius me vivo suus hæres esse desierit*, &c. *d.l. 2.* Oportet autem & testamenti & mortis tempore impuberem in familia esse, *l. 41. §. 2. eod.*

VELUTI SI QUIS] Formula gemellæ substitutionis. Verum ex D. Marci constitutione substitutio simplex aut vulgaris aut pupillaris, id est, quæ alterutro casu expresso fit, in utrumque casum facta intelligitur, *l. 4 h.t.* fac. *l. 2. & l. 4. C. eod.* Olim de expressa pupillari, an vulgarem tacitè contineret, quæsitum in Curiano iudicio, de quo Cic. multis locis, & Quint. 7. *c. 7.*

SIVE HÆRES ERIT, &c.] Hæc est conditio substitutionis pupillaris, & casus secundus dicitur.

SI NON EXTITERIT] Quod etiam tunc accipere intelligendum est, cùm impubes patri superstes hæreditate paterna abstinet: ne nudum nomen hæredis noceat substituto, arg. *l. 67 pr. de tit. nupt. l. 68. de leg. 1.* Non rectè igitur Theophil. hic.

SI EXTITERIT HÆRES] Hic casus propter utilitatem pupilli extitisse intelligitur, etiamsi bonis paternis se abstineat, *l. 12. h.t. l. 42. de acq. har. l. 28. de reb. auct. jud.* & hoc est, quod vulgò interpp. dicunt, nudæ sui hæredis existentiæ vi confirmari tabulas pupillares, fac. *l. 44. de rejud. l. 41. de acq. her.*

IPSI FILIO FIT HÆRES] Non tantum in bonis, quæ à patre obvenerunt; sed etiam quæ aliundè, *l. 10. § 5. h.t.* exclusis filij legitimis hæredibus, & ipsa etiam matre, *l. 8. §. 5. de inoff. test. c. 1. x. de testam. in 6.*

MORIBUS INSTITUTUM] Ita & Ulp. *leg. 2. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Neque patrem liberis emancipatis pupillariter substituere posse, neque matrem liberis omnino.*

2 *Nepoti licet in potestate constituto, quem pater antecedit pupillariter substitui non posse, nisi ex formula legis Velleiæ.*

3 *Vtrùm, ut valeat substitutio pupillaris, necesse sit, liberos in potestate esse & cùm fit substitutio, & cùm pater moritur, an satis sit, tales esse tempore mortis.*

4 *Exponitur locus Vlpiani in* leg. 2. in fin. pr. hoc tit.

Vulgari casu expresso etiam pupillarem contineri, nisi voluntas testatoris apertè refragetur.

6 *An ex converso, expresso casu pupillaris, contineatur & vulgaris.*

7 *Responsum Iavoleni expositum* in l. paterfa. 28. de reb. auct. jud.

8 *Quando accidat, ut pupillus hæres non existat, & substitutus vi formulæ vulgaris admittatur.*

9 *Quando intelligatur pupillus patri hæres extitisse hoc effectu, ut mortuo intra pubertatem hæres ei fiat pupillariter substitutus.*

10 *Per substitutionem pupillarem excludi hæredes omnes legitimos, etiam matrem.*

11 *Excludi matrem à substituto pupillari etiam quoad legitimam.*

12 *Ostenditur idem juris esse & in pupillari tacita, cùm refutatione objectorum.*

13 *Cur pupillo expedire visum sit testamentarium à patre hæredem accipere.*

Liberis impuberibus] *l. 2. in pr. eod.* puberibus in tantùm non licet, ut etiamsi ab initio facta impuberi substitutio sit, pubertatis tamen adventu vis juris extinguatur, *§. pen. inf. eod.* Cur autem solis liberis impuberibus hoc modo substitui permissum sit, in fine hujus §. dicetur.

In potestate] Etenim patriæ hoc datum potestati est: & ideò pater filio emancipato ita substituere non potest, *d.l. 2. in pr.* multoque minus mater liberis suis. Nam quod in specie *l. si mater. 33. eod.* pupillares tabulæ appellantur, quas mater filio impuberi fecit, ex eo minimè concludendum est, posse & matrem liberis impuberibus pupillariter substituere. Proponitur enim mater filio impuberi substitutionem feciſſe non in casum secundum, si hæres erit, sed in primum, si hæres non erit. Vulgaris igitur illa, non pupillaris substitutio est. Pupillares autem tabulas illas Africanus appellavit, primum ratione objecti, quia substitutio facta filio, dum adhuc esset in ætate pupillari: deinde quia substitutio confertur in mortem impuberis, & in ea specie effectum quodammodo substitutionis pupillaris habet, saltem quod attinet ad bona matris. ut rectè monet, atque hoc Africani responsum temperat *Cuiac. 2. ad Africani.* Consilium hoc prudentum fuit, à quibus excogitata quoque est cautio & velut ratio quædam, qua cum vi & effectu pupillaris substitutionis etiam filio emancipato substituatur, *leg. cùm ex filio 39. hoc tit. add. Duar. ad hunc tit. cap. 14.* Non satis autem est, liberos in potestate esse, nisi simul proximum in familia testatoris gradum obtineant, hoc est, sui hæredes sint testatori: nam si, verbi causa, pater nepotem antecedat, non poterit

avus huic nepoti pupillariter substituere; quia post mortem avi recasurus est, in potestatem patris sui, *d.l. 2. in pr.* quo fit, ut jam non propter ætatem aut quia impubes, testamentum facere non possit, aut hæredē ex testamento habere: sed quia filiusfam. cui nec puberi testamenti faciendi jus est, & de cujus successione jure veteri omninò quæri non potuit. Planè ex formula legis Velleiæ etiam nepotibus, quos pater præcedit, substitui potest, *d.l. 2. in pr.* ut sic avus testetur; *Filius hæres esto. Si filius me vivo suus hæres esse desierit, tum qui mihi ex eo nepos est, hæres esto. Si nepos hæres erit, & intra pubertatem decedat, Sejus hæres esto.* Quæ nepotis institutio fit ex secundo cap. legis Velleiæ, *l. Gallus 29. § sequenti 13. de lib. & post.* 3 De illo quæritur, utrùm ut substitutio pupillaris valeat, necesse sit liberos in potestate esse utroque tempore, & quo fit substitutio, & quo pater moritur, an verò tales esse sufficiat saltem tempore mortis. *Accurs. Bart. in d.l. 2. & vulgò interpp. Graff. § substituto, qu. 23. n. 4.* sufficere credunt, qualitatem illam adesse tempore mortis. Doctissimi Iurisconsulti superioris ævi, *Polit. Zas. Govean. in d. leg. 2. Vigl. hic, n. 7. Covar. in c. Raynut. de test. § 5. n. 2. Duar. comm. ad hunc tit. c. 14. Don. 6. comm. 25.* contrà utrumque tempus spectandum contendunt, tam id, quo fit substitutio, quàm quo testator moritur; quibus assentior. Nam & verba juris de hac substitutione constituti conferuntur in tempus præsens substitutionis, & cùm qualitas aliqua requiritur ad constitutionem alicujus actus, ea inesse debet eo tempore, quo actus geritur, *leg. si alienum 49 §. 1. de hær. inst. §. in extraneis 4 inf. de hær. qual.* tritumque est, quod ab initio non consistit, ex postfacto non posse convalescere. Accedit præterea textus satis clarus in *leg. coheredi 41 §. 2. hoc tit.* Verba sunt, *Si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita.* Quibus verbis Iurisconsultus apertè significat, præter tempus mortis aliud quoque esse, quo oporteat impuberes esse in familia: hoc autē tempus non aliud intelligi potest aut debet, quàm id, quo fit substitutio. Pro contrariæ sententiæ firmamento adducitur, *d. leg. 2. in fin. pr.* ubi sic Ulpian. scribit, *Sed si extraneum qui sibi hæredem scripserit, poterit ei substituere, si modo eum in locum nepotis adoptaverit, aut adrogaverit, filio præcedente.* Ex hoc loco Accurs. & Bart. probari putant, satis esse ad pupillarem substitutionem, si vel tempore mortis tantùm in potestate reperiatur is, cui substitutio facta est. Mihi verò contrarium hoc ipso loco non obscurè significare Ulpian. videtur, nempè prius oportere extraneum nepotis loco adoptari, quàm substitutio fiat: ait enim, *poterit ei substituere si eum in locum nepotis adoptaverit.* 4 Ut autem locus planius intelligatur, licebit paulò altius rem repetere. Docuerat Iurisconsultus, quemadmodum nepotibus, quos patres præcedunt, tutò in primum casum substitui posset, hoc est, ita substitui, ut non evanesceret substitutio, nimirum eos vel institui oportere vel exhæredari, ne in locum suorum hæredum succedentes (quo uno casu effectum habet substitutio) præteriti rumpant testamentum, & per consequens extinguatur pupillaris substitutio. Institui autem oportere ex consilio & formula legis Velleiæ: aliter institutum haberi pro præterito. Mox subjicit, extraneū ex formula legis Velleiæ institui nihil necesse esse, vulgarique saltem modo institutum & succedentem posteà in locum sui hæredis non rupturum testamentum. Quæ est sententia *leg. filio 23. §. 1. de lib. & posth.* ac proinde extraneo impuberi hæredi vulgariter instituto, & posteà in locum nepotis quasi ex filio adoptato, rectè (potest enim & ex intervallo hoc fieri, *leg. si quis 16. §. hoc tit.*) substitui: eam quippè institutionem sufficere, ne successione, quasi præteritus, rumpat: cùm si post adoptionē institutio facta sit, non aliter ea valeat, quàm si facta fuerit ex formula legis Velleiæ: sive enim nepos, quem pater antecedit, naturalis sit, sive adoptivus, semper ex præscripto legis Velleiæ institui debet, alioqui præteritus censetur. Qua de re abundè dictum in exegesi, §. 2 *sup. de exhær. lib.* Cùm igitur hic quæratur de eo, qui extraneus sit, non tempore substitutionis, sed institutionis, tantùm abest, ut hic locus confirmet contrariam sententiam, ut eam etiam refellat. Non possum ergo non mirari Bachovium, qui hanc explicationem, quæ tam apertè & verbis & menti Iurisconsulti ac rationi juris per omnia convenit, divinatoriam appellat. Illa, quæ ipse pro tuenda communi sententia affert, nihil aliud esse, quàm meras divinationes, facilè quivis animadvertere poterit.

Veluti si quis. &c.] Formula mixtæ & gemellæ substitutionis, quæ à Modestino duplex dicitur, quia utrumq; casum complectitur, & substitutionis vulgaris & pupillaris, *l. 1. §. 1. hoc tit.* Atque olim quidem, ut credibile est, qui sibi & liberis suis in utrumque casum prospectum vellent, ex consilio Iurisconsultorum disiunctiva hac formula usi fuerunt; vel quia ex pluriū sententia substitutio non operabatur ultra casum expressum, vel quia ob diversitatem sententiarum rerumque judicatarum id incerti adhuc iuris erat. Posteà autem Impp. Marci & Severi constitutione introductum, ut si pater impuberi filio in alterū casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligeretur, *l. 4. in pr. eod.* Primum igitur, quod positum est extra omnem controversiam, vulgari casu expresso continebitur

continebitur etiã pupillaris; veluti si pater impuberi filio hæredi instituto ita substituat, *Si filius hæres non erit, Titius esto.* Hic enim placet Titium etiam in hunc alterum casum *& si filius hæres erit, & impubes decesserit*, tacitè substitutum videri *d. l. 4. in pr.* nisi voluntas testatoris apertè refragetur, *l. 4. C. eod.* Etenim quod pupillaris substitutio hic quoque admittitur, id fit ex sola conjectura voluntatis, quæ hinc ducitur, quod credibile sit, eum, qui aliquem sibi hæredem esse voluit, si filius non esset, voluisse quoque eundem esse hæredem filio, si filius hæres esset, & intra pubertatem moreretur: utroque enim casu pariter substitutum dilexisse videtur, nec sibi magis prospexisse, quàm impuberi filio, cui etiam utile esse creditur, hæredem à patre accipere, *l. Iulianus 42. de acq hær.* In voluntate autem testatoris manifestè contraria hujusmodi conjecturis non utimur. Quapropter si ille vel nominatim alium in secundum casum substituit, vel in conditione vulgaris substitutionis personam comprehendit, cui pupillariter substitui nequeat, hic qui in primum casũ substitutus est, minimè intelligi debet substitutus quoque esse in casum secundum, contra manifestam voluntatem testatoris, qui aut expressè in secundum casum substitutum dedit, §. 3. *inf. eod.* aut in conditione substitutionis eum adjecit, cui in secundum substitui non potest; quod cùm sit, palam est testatorem in eum duntaxat casum substitutionem fecisse, quo utrique hæredem substitui poterat, *d. l. 4 §. 2. l. Lucius 45 hoc tit. d. l. 4. C. eod.* Porrò etiam vice versa expresso casu substitutionis pupillaris dicimus contineri & casum vulgaris. Cæterum hic nobis litem movent. *Posit. de subst. pupill. quæst. 8. n. 39. Vigl. hic n. 19. Ant. Fab. dec. 32. err. 9 & 10.* pauci (quamquam non nullos alios Viglius laudat) sed magni viri. Hi multis in contrarium disputant, ac seriò contendunt, in substitutione pupillari expressa vulgarem tacitè numquam contineri. Nos quidem numero interpp. nobiscum sentientium longè superiores sumus; sed hoc parum est, nisi legum auctoritate vincimus & ratione. Videamus ergo; an in hac quoque parte nobis cedere debeant. Auctoritate defendimur duplici: primùm verbis ipsis constitutionis Impp. Marci & Severi relatis à Modestino *d. l. 4. in pr.* quæ hæc sunt: *cùm pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumq; &c.* Non ait Iurisconsultus, *cùm pater in primum casum*, quomodo Impp. loqui debuerant, si tantùm in vulgari casu expresso pupillarem contineri significare voluissent, sed *cùm in alterum casum*, hoc est, unum ex duobus, sine ulla distinctione, primus an secundus tantùm expressus fuerit. Secundò & evidentius auctoritate ejusdem Modestini in terminis quæstionem hanc proponentis & decidentis in *d. l. 4. §. 2.* Qui duos habebat filios, unum puberem alterum impuberem, utroque hærede instituto puberem impuberi substituit in eum casum, quo impubes hæres existeret, & intra pubertatem moreretur: ait Iurisconsultus, hoc casu fratrem puberem in utrumque eventum substitutum videri. Quod autem in fine ejusdem responsi monet, ad evitandam omnem quæstionem cautius facturum patrẽ, si in utrumq; casum expressè impuberi substituat, hoc apparet eum facere propterea quod in specie mutuæ substitutionis, qualem ille proposuerat, nimirum cum uterque alteri substituitur, filius impubes puberi vulgariter, pubes impuberi pupillariter, voluntatis quæstio moveri posset, an non quẽadmodum pater in unum duntaxat casum, hoc est, in vulgarem puberi substituit, ita vicissim in unum quoque casum tantum, hoc est, in pupillarem videri debeat impuberi substituisse: at hujusmodi quæstioni post D. Marci constitut. locus non est, cùm non uterque alteri in casus diversos, sed uni duntaxat, cui in utrumque casum substitui potest, substituitur alter sive solùm in primum, sive solùm in secundum casum. Denique à ratione non magis alienum est, hanc inducere voluntatis conjecturam, quod substitutus in secundum casum videatur etiam substitutus in primum, quàm quod in primum substitutus intelligitur quoque substitutus esse in secundum. Imò fortior voluntatis conjectura pro illo, quàm pro hoc; quod etiam D. Christin. *vol. 4. decis. 15 n. 4.* notat: Nam cùm pater filium hæredem instituit, quem etiam sperat sibi hæredem fore, & bona, quæ relicturus est, consecuturum, eum, quem filio hæredi facto substituit, & ad quem consequenter mortuo filio pariter cum bonis filij posteà quæsitis sua quoque pertinere voluit, magna causa præsumptionis est patrem voluisse etiam filio hærede non existente sibi hæredem esse in suis solius bonis: quæ præsumptio tanto major in hoc casu, quàm in superiore, quanto magis apparet testatorem dilexisse eum: quem unà cum suis bonis filij quoque bona, si quæ posteà obvenerint, habere voluit, quàm eum, quem expressè sibi tantùm hæredem fecit. Ex quo vel solo nullo negotio refelli possunt rationes eorum, qui contrà sentiunt; nam auctoritate quidem illi nulla nituntur, nisi quod Ant. Faber nobis objicit Iavolenum in *l. pater fa. 28. de reb. auct. jud. poss.* quo tamen loco longè aliam quæstionem Iurisconsultus tractat; nimirum an creditoribus paternis in substitutum impuberis, qui patris se hæreditate abstinuit, actio detur, sive an substituturus æs alienum patris agnoscere & creditoribus ejus respondere teneatur: an verò 7

hæreditates, quas nuda existentia potestate juris civilis conjunxit, possit separare. Quod si inde colligit Faber, substitutum impuberi in casum pupillarem, pupillo abstinente, hæreditatem patris adire non posse vi aliqua tacitæ substitutionis vulgaris, eadē ratione collegeris nec legitimos hæredes abstinente pupillo posse patris hæreditatem cernere. Et quidni præsupponendū esse dici possit, in quæstione à Iavoleno proposita substitutum quoque repudiasse manifestè damnosam hæreditatem, utcumque virtute tacitæ substitutionis vulgaris sibi delatam? Ac mihi quod ad istam quæstionem attinet, idem sensisse videtur Iavolenus, quod successor ejus Iulianus, cujus sententia, ut pupilli utilitatem impugnans, notatur à Marcello & Ulpiano, *l. Iulianus 42. de acq. her.* Agitata fuit quæstio nostra jam olim in judicio centumviŕali inter hæredes legitimos Coponij cujusdam & M. Curium, cujus rei Cicero multis in locis, & Quintilian. *lib. 7 inst. orat.* c. 7 meminerunt. Coponius posthumum hæredem instituerat, eique, si antequam in tutelā suam veniret, decessisset, Curium hæredē substituerat. Cùm posthumus natus non esset, exorta de hæreditate controversia est inter hæredes testatoris legitimos & substitutum. Q. Mucius defendit, legitimis hæredibus locum esse factum, quoniā Curius ita substitutus erat posthumo; si posthumus impubes moreretur; jam verò posthumum ne natum quidem esse, ac proinde defeciisse conditionem substitutionis. Mucio contradixit L. Crassus, atque ijsdem argumentis, quibus nos usi sumus, probavit centumviris, M. Curium nihilominus ex substitutione hæredem esse oportere. Quod judicium, ut communem sententiam vendicat ab illis, quas Vigl & Fab. proferunt, absurditatibus, ita ipsum, cùm res adhuc dubia maneret propter auctoritatem, ut credibile est, Q. Mucij, constitutione Imp. Marci & Severi confirmatum est. Planè in substitutione exhæredato facta eandem interpretationem non esse admittendam facilè concedam.

Quam in suam tutelam venerit] Antiqua locutio, qua veteres pupillarem ætatem significabant, hoc est, eam, quæ tutorum potestati subjecta est: nam pubertate tutela finitur; & post eam ætatem adolescens suæ tutelæ esse incipit, quamvis curatorum adhuc auxilio tegatur. Utitur hac loquendi formulā M. Tullius, cùm alibi sæpè, tum *lib. 1. de Orat. & lib. 2. de invent.* Nostri passim, *Iavolen. l. cùm ex filio 39. hoc tit. Nerat. l. pater filio 54. de her. inst. Iulian. l. 8. §. 1. de bon. poss. sec. tab. Paul. leg. si filiæfam. 51. de legat. 3.* Prætor in edicto suo *leg. 1. §. 2. quib. ex ca. in poss.*

Siquidem non extiterit hares filius, tunc substitutus patri sit hæres] Quando ergo accidit, ut pupillus hæres non existat, & substitutus vi vulgaris formulæ patri hæres fiat? An tunc solùm, cùm pupillum antè patrem defungi contingit, an verò etiam tunc, cùm patri superstes paterna hæreditate abstinet? Et Theophilus quidem scribit, ex verbis formulæ vulgaris tunc solùm substitutum venire & patri hæredem fieri, cùm filius vivo adhuc patre mortuus est. Ego verò censeo, etiam tunc, cùm impubes patri supervixit, & expressè bonis paternis se abstinuit; posse substitutum defendere ex substitutione patris hæreditatem sibi delatam, conditionemque hanc, *Si hares non erit*, ex mente testatoris explicandam, ut ea extitisse intelligatur, non cùm quis nudo nomine tenus, sed re ipsa &, cum effectu hæres factus est. Sic Iurisconsulti in *l. non solum 67 de rit. nupt. l. si post 68. de legat. 1.* apertè negant, filium, qui se abstinuit, hæredem extitisse. Nam licet etiam is, qui se abstinuit, jure civili adhuc pro hærede habeatur, unde dicitur non esse sine hærede, qui suum hæredem, licet se abstinentem, habet; *leg. cùm quasi 30. §. sed & si 10. de fideicomm. lib.* atque hæc res etiam sua habeat effecta: *l. 12. hoc tit. l. filius 41. cùm l. seq. l. ult. de acq. her. l. paterfam. 28. de reb. auct. jud. possess.* tamen in proposito nudum nomen hæredis sive nudam illam existentiam considerari non oportet; alioqui nullo modo vulgariter suo hæredi substitui posset. Et cùm, ut docuimus initio *tit. prac.* conditio ista, *Si hares non erit*, etiam casum voluntatis contineat, & consequenter tanquam conditio potestativa necessitatem tollens filium hac in re ad instar redigat hæredis voluntarij, per *l. 4. in pr. l. jam dubitari 86 de hæred. instit. l. 12. de cond. inst.* ut jam pro concessa sibi à patre potestate suo arbitrio velle aut nolle possit, & citra beneficium prætoris jure civili se abstinere; sanè in casu nostro hæreditas pro acquisita neutiquam haberi debet. Rep. quę notavimus ad *d. princ. prac. tit.*

Si verò extiterit hæres filius] Videamus item quando filius patri hæres extitisse intelligatur cum hoc effectu, ut filio intra pubertatem mortuo hæres ei fiat pupillariter substitutus. Et certi juris est, si filius decesserit post immixtionem, substitutum admitti hæredemque fieri filio. Nec dubitatur, quin idem juris sit, si filius mortuus sit non declarata voluntate sua super immixtione aut abstentione. Verùm illud bellissimè quæritur, an etiam filio, qui expressè abstinuit, intra pubertatem mortuo, substituto pupillari locus fiat, & quod dicitur, nuda sui hæredis existentia confirmentur tabulæ patris & pupilli. Dixeris enim, nudam existentiam vim istam habere non posse, ac proinde substitutum in proposito excludi: quem

8

quem si admittimus, nudæ existentiæ tribuimus vim additionis: cui consequens hoc absurdum est, suo hæredi frustrà in vulgarem casum substitui, cùm vulgaris substitutio adita hæreditate expiret. Adhæc cùm dicamus, in substitutione vulgari verba hæc, *Si filius hæres non erit*, ex mente substituentis patris sic accipienda esse, si immiscere se paternæ hæreditati noluerit, etiam ex contrario quæ sunt pupillaris substitutionis, *Si filius hæres erit*, sic accipi oportebit, si bonis patris se immiscuerit: ut utrobique immixtio, non nuda existentia, cum additione conferatur. Quibus etiam accedit, quod apud Iulian. relatum est, si duo fuerint à patre instituti cum filio impubere, eidemque substitui, necesse esse ad tabulas patris confirmandas unum ex eis hæreditatē patris adire, *l. 11. §. 1. ad sen. Treb.* Cæterùm quominùs ita statuamus, impedimur tex. expresso, *l. 12. h. t.* item his locis, *l. Iulianus, 42. de aq. har. l. paterfam. 28. de reb. auct. iud. poss.* ubi disputant Iurisconsulti, an pupillo, qui abstinuit bonis patris, mortuo, substituto concedi debeat separatio bonorum patris & filij, ut ex substitutione pupilli tantùm hæreditatem adeat: stultè & ineptè, si substitutus abstinente pupillo nullo modo ex substitutione venire potest. Dicendum ergò omninò est, etiam in casu præsenti, cùm pupillus abstinuit, ex substitutione pupillari hæreditatē deferri substituto, nudæque sui hæredis existentiæ vi confirmari tabulas pupillares: quod etiam perspicuè probat, *l. ex contractu, 44. de re jud. l. filius, 41. de aq. har.* Nec verò adeò absurdū videri debet, quod in substitutione pupillari vim additionis tribuimus existentiæ; in vulgari autem non nudæ existentiæ, sed immixtioni: non enim necesse est, ut nomen hæredis aut existentiæ in utriusq; substitutionis conditione eodem modo explicetur aut accipiatur. Nam ut concedamus, etiam in pupillari substitutione patrem his verbis, *Si filius mihi hæres erit*, de hærede, qui cum effectu hæres futurus sit, cogitasse: ratio tamen juris & favor pupilli postulant, ut sola existentia quoad effectum, de quo quærimus, pro additione habeatur, & sustineantur tabulæ pupillares. Plane si filio datus sit cohæres extraneus, vulneratur suitas, ut loquitur Porc. *ad tit. de Attil. tut.* atque hic quia vires testamenti à cohærede quoq; pro parte pendent, ad confirmationem tabularum & substitutionis pupillaris non sufficit filium sola potestate juris pro parte sua hæredem extitisse, sed si hic se abstinuerit, ut tabulæ valeant, necesse est, ut patris hæreditas ab extraneo adeatur, *d. l. 11. §. 1. ad sen. Treb.* Atque ita quoque explicanda, *l. 2. §. 1.* Etenim sui hæredis nuda existentia, quæ fit ἐν ἀτόμῳ & ipso momento mortis paternæ, non potest in solidū confirmare testamentū, ubi eodē tempore adest hæres alius, qui adire potest *vid. Bart. in l. 12. h. t. & d. l. 11. §. 1. ad Treb.* qui meo judicio feliciùs hæc expedit, quàm vel *Cujac. 26. obs. 1.* vel. *Ant. Fab. dec. 31. err. 8. add. Bachov. in Trent. vol. 2 disp. 12. thes. 3.*

Ipsi filio fit hæres substitutus] Et in tantùm succedit, quantum filij fuit, cùm is moreretur, sive à patre obvenerit, sive quæsitum aliunde. Testamentum enim pupilli hic est, in quo testator non suis bonis, sed impuberis hæredem substituit, *l. sed si 10. §. ad substitutos, hoc tit.* Excipitur substitutus adrogati, ad quem nihil amplius ex substitutione pertinere potest, quàm quod ad impuberem pervenit ex bonis aut beneficio adrogatoris, *d. l. 10. §. in adrogato, 6.* Quia verò ex notissima ratione juris, quamdiu ex testamento defertur hæreditas, aut saltem spes est fore, ut deferatur, hæredes ab intestato succedere non possunt, certum est legitimos pupilli hæredes, id est, eos omnes, qui citrà substitutionem pupillo ab intestato successuri fuissent, à substituto hæreditatem admittente excludi, & consequenter etiam matrem pupilli: quanquam de ea ratio est, cur dubitetur. Nam mater præ reliquis legitimis hæredibus hanc prærogativam habet, quod à liberis præterita testamentum eorum inofficiosum dicere possit, aut *ex Nov. 115.* ipso jure evertere, utique si vera est communis opinio; quod nunc non disputo. Cùm igitur mater hoc jus habeat, cùm liberi per se testamentum faciunt, videri potest idem jus etiam tunc matri competere, cùm non liberi ipsi sibi, sed pater eis testamentū facit: nam quod quis ex persona & nomine alieno facit; majorem vim habere non potest, quàm haberet, si ille ipse id fecisset, cujus nomine factum proponitur, *l. minor, 51. §. 1. de proc. l. 13. §. pen. de damn. inf. l. 10. C. de har. inst. c. quod per alium de reg. jur. in 6. cum similib.* Contrarium tamen disertè ab Ulpiano responsum, *l. 8. §. 5. de inoff. test.* est, nempè matrem impuberis non posse testamentum inofficiosum dicere, adjecta hac ratione, quia pater hoc ei fecit; quibus verbis hoc significare voluit Iurisconsult. querelam inofficiosi testamenti hoc colore instituendam, quasi non sanæ mentis fuerit, qui testamentum ordinavit: hujus autem rei pupillū arguì non posse, qui ipse testamentum non fecit, uxori verò contra mariti testamentum quærelam non competere: quæ ratio etiam admissa communi DD. opinione accommodari potest ad jus novum: quicquid enim novi juris à Iustiniano constitutum est, id eò tantùm pertiner, sicut ipse testatur, ut præteritionis & exhæredationis amoveatur injuria, quæ nulla matri à pupillo illata. Neque verò pater, cùm liberis suis testamentum facit,

testatur

testatur ex persona & nudo nomine liberorum, sed jure proprio atque ex persona sua, vi scilicet & potestate juris patrij. Hoc ipsum manifestè quoque confirmat, *l.9.C. h.t.* quo loco Iustinianus prohibet admitti quærelam contra substitutionē mente capti, idque ait se constituere ad exemplum substitutionis pupillaris. Negata quærela consequens omninò est, matrem à substituto pupillari excludi
11 etiam quoad legitimam: idque constitutione Bonifacij VIII. nominatim expressum est; *cap.1.in fin. de testam.in 6. Licet filius*, inquit Pontifex, *testamento suo matrem portione jure naturæ debita privare non possit: pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest.* Bocerus *comment.ad hunc §.* putat, matrem, etsi per quærelam rescindere testamentum non potest, alia tamen via legitimam consequi posse, nimirum condictione ex lege; quoniam generaliter cautum est, ex bonis liberorū matri legitimam esse relinquendam *l omnimodo*, 30. *l. quoniam*, 32. *C. de inoff. test. Nov.1.in pr.* Sed jam probavimus, id verum esse, quando liberi ipsi testantur, non cùm pater pro suo jure iis testamentum facit. Neque assentiri possum Menochio, qui *lib.4. præsumpt.38.* existimat, excludi quidē matrem à legitima, quantum ad bona patris attinet; non autem quoad bona filii: siquidem pater in testamento, quod filio impuberi facit, non tam de suis, quàm impuberis bonis disponit, & exhæredato quoque dat substitutum. Atque illud omninò fixum esse debet, qui suo jure queri de inofficioso non potest, quamvis ex testamento nihil consecutus sit; eum nec petere posse legitimam, ut benè disputat Fachin. *lib. 4. contr.42.* & est communis hæc opinio; *Gomez.1.rel. 4.n.7. Vasq.lib.2.de succ. prog.§.11.n.24. Graff.§. substitutio, q.12.n.5.* Porrò si hoc obtinemus in substitutione pupillari expressa, nulla ratio est, cur non idem statuamus in tacita, quæ vulgari expressa continetur. Nam cùm ex constitutione Impp. Marci & Veri hic non minùs testamentum atque ex eo
12 hæredem pupillus habeat, quàm si expressè in casum quoque pupillarem substitutum accepisset, ratio juris efficit, ut nemo, sive mater sit, sive quis alius, ad legitimam pupilli successionem venire possit, aut per querelam testamentū evertere. Quæ sententia etsi à DD. comm. improbata est, tamen apertè satis confirmatur sensu contrario *in l.2.C. h.t.* in qua Impp. respondent, ideò in specie illic proposita matrem admitti, quia testator, filio impubere, & aliis quibusdā personis non ejusdē conditionis hæredibus institutis & invicem substitutis, non intelligitur sensisse de alio casu, quàm qui in omnium persona locū habere potest, id est, de vulgari tantùm: quo non obscurè significatur, si personis omnium utercunque casus conveniret, aliud respondendū esse: quo etiam faciunt. *l. Lucius*, 45 *h.t. l.4.C. eod.* Sed duo loci hic nobis objiciuntur, *l. precibus*, 8. *C. h.t. l. ult. C. de inst. & subst.* Ad priorem expedita responsio est, constitutionem D. Marci non pertinere ad testamentum militis, de quo loquitur, *d.l.8.* quippè militū testamenta non reguntur legibus aut constitutionibus; sed ex nuda, simplici, ac prout verbis expressa est, voluntate æstimantur, *l.6. C. de testam. mil.* ut proinde in horū testamentis vulgaris expressa non contineat tacitā pupillarem: idemq; esset, etsi non mater in specie illic proposita, & decisa, sed frater aut alius pupilli legitimus hæres fuisset. In *l. ult. C. de inst. & subst.* hic casus proponitur; Testator posthumum & uxorē hæredes scripsit, si posthumus natus nō esset, Mævium sibi hæredē esse voluit. Natus est posthumus, & impubes superstite matre decessit. Papin. & Ulp. putaverunt, voluntatis esse quæstionē, & matrem potius, quàm substitutum, ad successionem impuberis admittendā: & secundùm eos Iustinian. quæstionem sic decidit, ut nolit, substitutionem istam vim tacitæ pupillaris habere adversus matrem, id est, si posthumus natus impubes viva matre decesserit: sin illa prior mortua sit, valere adversus cæteros. Quis verò non videt, hujus constitutionis speciem & ratione singularem esse, ac proinde non facilè ad alios casus porrigendam? Ostendunt hoc verba, *in hac specie, in hujusmodi casu*, & quo colore aliqui Papin. & Ulp. post constitutionem D. Marci voluntatis hic esse quæstionem respondissent? Credibile autem est, Iurisconsultus & Imp. in casu, ut propositus est, considerasse primùm, quod mater ex patre hæreditatis & ipsa instituta fuit, posthumoq; cohæres data, etsi posthumum nasci non contingeret. Hinc enim non levis conjectura pro matre oritur, quod scilicet testator uxorem suam quam ita dilexit ut eam sibi quoque cum filio hæredem esse voluerit, minimè credendus sit voluisse excludere à luctuosa hæreditate filii. Deinde quod substitutio facta proponitur, non in casum illū generalē & germanum substitutionis vulgaris, *Si filius posthumus hæres non erit*; sed in casum specialem, & nominatim in hunc, *Si posthumus natus non erit*. Unde iterùm nova conjectura pro matre, nimirum non temerè, ubi mater in medio est, & præsertim cohæres posthumo data, hunc casum, *Si posthumus natus non erit*, trahendum esse ad oppositum, *Si posthumus natus fuerit, & impubes decesserit*; ne fiat contra voluntatem testatoris, qui non videtur eum, quem posthumo substituit, & sibi hæredē designat nominatim in eum casum, quo posthumus natus non fuerit, & quo existente nec mater, nec filius,

nec

nec hæreditas filij intelligi potest, etiam in contrarium casum, si natus fuerit posthumus, & viva matre decesserit, ipsi posthumo hæredem esse voluisse, exclusa matre à luctuosa filij hæreditate. Proinde concludimus, pro substituto semper respondendum esse, etiam cum mater in medio est, sive de expressa, sive de tacita pupillari quæratur, quoties ex certis aut probabilibus conjecturis colligi non potest, voluntatem testatoris refragari: ita & *Vigl. hic. Don. ad leg. 8. C. hoc tit. Vaud. 1. quæst. 44. Ant. Fab. 15. conj. 9. & seqq. & dec. 33. err. 5. latè Vasq. 2. de succ. prog. §. 15. n. 55. & seqq Diss. Gloss. & DD. comm. in d. l. 8. Gomez 1. res. 4. num. 8. Covar. in cap. Raynutius, x. de testam. §. 4. n. 6. Fachin. 4. contr. 40. & 41. D Tulden. comm. hic cap 3. & ad C. hoc tit. Perez ibid. n. 26. & 27. Christin. vol. 4. decis. 15. n. 5.* ubi etiam refert, supremum Senatum Mechlinien sem aliquando censuisse, per substitutionem in pupillo factam, ne expressam quidem, matrem hodie legitima privari posse: sed hoc opinor ex eo est, quia in Belgio, utique in plerisque Belgij provincijs, substitutioni pupillari planè non est locus: de quo pluscula sub *§. ult. inf. eod.*

Moribus institutum] Vulgaris substitutio confirmatur lege 12. tabb. his verbis; *Uti quisque legassit super pecunia sua.* Pupillaris ad eam legem non pertinet: quippe in qua pater non de sua pecunia suisve bonis sed alienis, id est, disponit, *l. 10. §. ad substitutos 5. hoc tit.* sed substitutio hæc moribus introducta est *l. 2. in pr. hoc tit* & quod patri lege 12. tabb. permissum erat in tutela, ut liberis impuberibus in potestate constitutis testamento tutorem daret, hoc consuetudine paulatim tractum ad pecuniam quoque & fortunas liberorum, ut in his patri liceret liberis in ea ætate, qua ipsi testamentum facere non possunt, testamento hæredem dare, continuata vi patriæ potestatis etiam quantum ad bona liberorum attinet, post mortem patris usque in eam ætatem, qua jam ipsi liberi sibi testamentum facere possent, id est, usque ad eorum pubertatem, qua adveniente, substitutio expiraret. Atque hoc ipsum in gratiam ipsorum impuberum introductum est, quibus non solùm honorificum, sed etiam utile visum, hæredem testamentarium, & eum, qui patris judicio datus esset, habere, *l. 42. de acq. hær.* Ob id autem potissimum utile, quod ea ratione fiat, ut agnatorum insidijs minus exposita sit vita pupilli, quamdiu ignoratur, quis ei successor futurus sit: propter quam causam cavere olim patres solebant, ne pupillares tabulæ vivo adhuc & impubere filio aperirentur, *§. sin em 3. inf. eod.*

TEXTUS.

1. *Qua ratione excitati etiam constitutionem posuimus in nostro Codice, qua prospectum est, ut si quis mente captos habeant filios, vel nepotes, vel pronepotes, cujuscumq; sexus, vel gradus, liceat eis etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis, certas personas substituere: sin autem resipuerint, eandem substitutionem infirmari sancimus: & hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, qua, postquam pupillus adoleverit, infirmatur.*

NOTÆ.

1. CONSTITUTIONEM] *leg. 9. C. de impub. & al. subst.* olim opus erat speciali privilegio, *l. 4. hoc tit.*

UT SI QUI HABEANT FILIOS] Licet non habeant in potestate, *d. l. 9.* ibi *qui vel qua, testatori vel testatrici.*

MENTE CAPTOS] μεμενόπας, ἤγουν παραφρονοῦντας, ut rectè Theoph. fac. *l. 43. h. t. l. 2. C. de cur. fur.*

ETSI PUBERES SINT] Particula *etsi* implicat etiam respectu patris, cujus in potestate sit impubes: & dissimile est, quod profert Pac. ex *l. 3 de tutel.*

CERTAS PERSONAS] Primùm liberos, si quos mente captus habet; sin minus, fratres & sorores: si nec fratres erunt, permissum substituere quemlibet, *d. l. 9.*

SI RESIPUERINT] Ut pupillaris substitutio finiatur pubertate, ita mente capti resipiscentia, *d. l. 9.*

COMMENTARIUS.

1 *Qua ratione & consilio exemplaris substitutio introducta.*

2 *Veroq; parente superstite & exemplariter substituente, patris potius, quàm matris substitutionem ratam esse.*

3 *Substitutionem exemplarem etiam ad furiosos & prodigos, adeoq; ad mutos & surdos quoque posse porrigi.*

4 *Etiam impuberibus mente captis & à patre, in cujus potestate sunt, exemplariter rectè substitui.*

5 *Eum quoque, qui exemplariter vult substituere, debere sibi prius testamentum facere.*

6 *Si plures sint mente capto liberi vel fratres, posse vel unum ex his substitui.*

7 *An etiam exhæredatis exemplariter substitui possit.*
8 *An substitutio exemplaris per resipiscentiam infirmata vires recipiat redeunte morbo.*

HOc §. agitur de substitutione mente capti, quæ pupillari substitutioni finitima est, atque ejus species quædam imperfecta: unde à nonnullis quasi pupillaris dicitur. Veteres interpp. exemplarem
1 vocant, eo quod ad exemplum pupillaris introducta est. Sciendum verò, autè tempora Iustiniani neque lege, neque moribus licuisse parentibus liberis suis puberibus testamentum facere sive subsistere prætextu vitij alicujus sive animi sive corporis, ob quod ipsi testamentum facere non poterant, nisi, ut id sibi liceret, specialiter à Principe impetrassent, *l. ex facto 43. hoc tit.* quod quia vel non semper impetrari, aut non sine magna molestia poterat, humanum tamen videbatur, Iustinianus jus regulare fecit, atque ex privilegiario commune, data parentibus potestate, quantumvis non impetrata à Principe licentia, liberis suis mente captis, licet puberes sint, ad eum modum substituendi, quo jam antea ex more recepto parens filio impuberi substituere poterat, nimirum in eum casū, quo hæredes existerent, & in eadē constitutione mentis decederent, *l. humanitatis 9. C. hoc tit.* Utriusq; hujus substitutionis & dissimilitudo ostendetur in progressu.

Qua ratione] Nimirum eadem illa, quam modo
2 dixit causam fuisse comparandæ atq; in mores inducendæ substitutionis pupillaris. Hoc enim significat, eadem ratione, qua antea receptum fuit, ut parentes liberis impuberibus testamentum facerent, quia sc. liberi ipsi propter ætatem sibi facere non poterant, se excitatū permisisse parentibus substituere liberis etiam puberibus qui non sanæ mentis sunt, & ob eam causam ipsi testari non possunt.

Vt si qui] Sine distinctione sexus aut gradus aut potestatis parentum; ne quis ex similitudine substitutionis pupillaris hoc ad eos parentes tantùm referat, qui liberos habent in potestate. Etenim substitutio hæc non ex ratione aliqua juris civilis, sed ex sola humanitate, affectione, pietate & cura parentum erga liberos introducta est, quæ eadem est in omnibus parentibus *d. l.* 9. quod tamen timidius diceremus, nisi ipsis legis verbis parentibus omnibus eadem potestas tribueretur: *paremi, qui vel qua testatur; testatori vel testatrici.* Poterit igitur mater hoc modo substituere, & avia, & pater filio emancipato. Quod si mente capto uterque parens superstes sit, rationi juris consentaneum est, ut patris potius, quàm matris substitutio rata sit, ut rectè *Vasq. lib. 3. de succ. prog. §. 17. n. 39. & seqq. Don. 6. comm. 27.* quamvis receptum magis, ut cujusque substitutio valeat in bonis ab eo profectis, testis Sichardo in *d. l. 9. n. 8* quod etiam probant *D Perez in Cod. hoc tit. n. 31. & D. Tuld. in comm. hic c. 10* Sed hoc neque naturæ hujus substitutionis communi cùm pupillari videtur convenire, nam utraque fit bonis liberorum omnibus; & insolens est aliquem cum duobus testamentis decedere: quanquam fortassis subtilitatem istam mores hodierni non usque adeò curent. Atque hæc est prima hujus substitutionis & pupillaris differentia.

Mente captos] Furiosum quoque mente captum esse, id est, lumine mentis carere, certum est. Sed usu veterum mente captus à furioso distingui solet, & furiosus dici, qui rabie quadam agitur; mente captus, qui in quiete magis est, nulla ferè signa ostendens extrinsecus: & dementia plerumque vitium naturale est ac perpetuum; furor sæpè remissionem ac intervalla morbi & sanitatis habet. Hinc dubitatum aliquando, an quæ de mente capto constituta sunt, ad furiosum per interpretationem sint producenda: quæ dubitatio circa hunc quoque §. & *d. l.* 9. incidit, propterea quod utrobique mente capti tantum Iustinianus meminit. Et verò potest aliquando justa esse causa dubitandi, veluti cùm D. Marcus permisisset filio mente capto uxorē ducere, exorta apud veteres dubitatio fuit, an id quoque ad furiosi filium porrigendum esset; quoniam in mente captis nullæ sunt morbi inducīæ, furiosi autem plerumque intervallis quibusdam sensu saniore sunt. quod tempus expectandum videri poterat: quam tamen dubitationem sustulit Iustinianus, producta D. Marci constitutione ad furiosi quoq; filium. *l. si furiosi 25. C. de nupt.* Cæterùm
3 in proposito non video, quæ possit esse dubitandi causa, cùm omninò hic eadem ratio sit utriusque, & furore intermisso liberis ipsis, si in potestate non sint, testari permissum ac testamentum paternum abolere. *Fac. l. ex facto 43. in pr. vers. nam & si hoc tit. l. 2. C. de cur. furios.* ubi furiosus & mente captus pro eodem ponuntur. Et rectè igitur Theoph. vertit, μεμηνότας ὅγε παραφρονέτας. Quinimo putē, constitutionem Iustiniani ad prodigos, atque adeò ad surdos & mutos quoque liberos porrigendam: quo casu ipsi testari non possunt: quæ & communis sententia est, fundata in constitutionis humanitate & ratione, quæ his omnibus convenit, nimirum ut qui ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant, quodque olim non licebat, nisi ex privilegio, nunc liceat jure communi, *Gomez 1. resol. 8. n. 3. & 4. Covar. in c. Raynut. §. 6 n. 1. Graff §. substitutio quæst. 44. n. 4. & 6.* quamvis aliud visum Viglio hic *Govean. in d. l. ex facto 43. hoc tit. D. T.*

in

in comm. hic c. 10. *Perez in cod. eod. n.* 30. *arg. l. quod verò* 14. *de legib.* cui occurri potest ex D. Præside *loco* 49. *n.* 18. *& seqq.* Planè ad phreneticos constitutionem non pertinere tradunt comm. DD. & probat *Vas. d.* §. 17. *n.* 108. per verb. constitutionis *perpetuo*, *Graff. d. quæst.* 44 *n.* 3.

Vel nepotes] Eadem autem conditio hic exigitur quæ in substitutione impuberũ, ut nepotes, quibus exemplariter substituitur, post mortem testatoris non sint recasuri in potestatem patris sui, *l.* 2. *hoc tit.* Nam & hæc substitutio testamentum liberorum est. Qui autem sunt in potestate, nec testamentum nec hæredem ex testamento habere possunt, *l. pen. & ult. C. qui test. fac.* Quare &, si mater substituit, mortua ea, superstite patre mente capti, evanescet substitutio secundùm plerosque: ego arbitrarer, quamdiu pater vivit, ne concedendum quidem matri esse, ut substituat, de quo latè *Vas.* 2. *de succ. progr.* §. 17 *n.* 43. *& seqq.*

Et si puberes sint] Secunda differentia, quæ principalis est inter hanc substitutionem & pupillarem. 4 Ait, *etsi puberes.* Licetne ergo etiam impuberibus exemplariter substituere? De patre, qui emancipavit, non quæritur, nec de matre substituere volente; quoniam in his terminis sola exemplaris locũ habet: sed de patre, in cujus potestate est impubes mente captus. Ratio dubitãdi orta à simili. Quemadmodum enim curatio agnatorum, in qua lex *12. tabb.* jubet esse furiosos, ad impuberes non pertinet, qui ex jure ordinario in tutela sunt: *l.* 3. *de tutel.* ita videri potest nec pertinere ad eos hæc extraordinaria substitutio, cùm pater jure ordinario his substituere possit pupillariter. Sed non sunt hæc similia: nam finita tutela succedit, & administrationẽ bonorũ puberis suscipit curator quem lex aut magistratus tutori subrogat, ut in omnem eventũ hic furioso prospectum sit: finita autem substitutione pupillari, & durante adhuc mentis alienatione, non succedit exemplaris substitutio, neque quisquã est, qui hæredẽ mente capto dare queat. Quamobrem magis est, ut dicamus, posse patrẽ etiam exemplariter filio substituere, ut duret ea substitutio etiam post pubertatem, quamdiu manet eadem mentis constitutio, ita & *Duar. in tit. de vulg. & pup. c.* 19. *& DD. comm. Vasq. d.* §. 17. *n.* 68. *Graff. d.* §. *q.* 45. *Dissent. D. Pacius in not. marg.*

Ad exemplum pupillaris substit.] His verbis significatur, licere patri filio mente capto substituere in casum secundum, *si filius hæres erit*, ut receptum est in pupillari. Deinde etiam debere patrem, qui exemplariter substituit, si prius testamentum facere, atque in eo hæredem instituere, quàm filio substituat: perinde ut in substitutione pupillari, §. *liberis* 5. *inf. eod.*

Certas personas] Differentia tertia. In substitutione pupillari licet impuberi filio quosvis substituere, etiã fratribus ejus præteritis: in substitutione mente capti non licet: sed in hac primùm liberi, si quos habet, dein, his non extantibus, fratres mente capti substituendi sunt: demum si nec fratres erunt, permissum, substituere quemlibet, *d. l.* 9. *C. hoc tit.* Et 6 notandum, quod in constitutione adjicitur, non esse necesse, si plures sint mente capto libri aut fratres, ut substituantur omnes, sed satis esse vel unum ex ijs substitui, ut valeat substitutio, licet reliqui non sint exhæredati: nihil enim de cæteris exhæredandis exprimitur. Sed & impunè posse prẽteriri, ex eo licet intelligere, quod adversus substitutionem denegatur querela inofficiosi: quod tamen in liberis mente capti vix est ut ab iniquitate defendi possit, *vid. Vasq.* §. 17. *n.* 55. *& seqq.* Sed de parentum erga liberos affectione benignius præsumamus, avumq; testatorẽ nepotibus prætæritis tantundem de propriis bonis in compensationẽ relicturum. Inducitur 7 vulgò ex verbis d. constitutionis & alia dissimilitudo. Nam impuberibus pupillariter substitui potest, etsi nihil eis relinquatur, dummodo exhæredentur: mente captis non aliter substitui concedit constitutio, quàm legitima eis relicta fuerit; & cùm igitur hodie legitima liberis relinquenda sit titulo institutionis, *Nov.* 115. non aliter testamentum paternum consistere, aut querelam inofficiosi evadere pleriq; existimant, quàm si liberi in eo hæredes instituti fuerint, saltem in parte aut ex re aliqua; quo casu si minus legitima relictũ sit, id quod deest, eos consecuturos condictione, *ex l.* 30. *C. de inoff.* nimis enim superstitiosos esse, qui negant substistere testamentum, nisi tota legitima relicta sit. Concludunt igitur, exhæredato non rectè, exemplariter substitui, neque rationem humanitatis pati, ut afflictio addatur afflicto, *Bart. in leg.* 43. *n.* 18. *hoc tit. DD. comm. in l.* 9. *C. eod. Graff. d.* §. *qu.* 44. *n.* 5. Quibus assentiri non possum. Nam cùm etiam liberi furiosi à patre exhæredari possint, *l.* 27. *C. de episc. aud. l. ult.* §. 1. *C. de cur. fur.* quod sic accipiendum est, ut possint etiam efficaciter, quamvis nihil eis relictũ sit, modò exhæredentur ex causa ingratitudinis antè furorem commissæ, quod Bart. quoque *d. loc. n.* 19. & DD. comment. concedunt: *Vasq. de succ. creat.* §. 21. *num.* 256. non video cur non & his exhæredatis possit exemplariter substitui. Sanè verba constitutionis non refragantur. Nam quod de legitima relinquenda adjicit Iustin. id non eo pertinet, ut si illa relicta non sit, testamentum ipso jure sit nullum, sed quod aliàs per querelam inoff. posset everti: cujus querelæ ne hodie quidem vis ulla, ubi ob justam causam ingratitudinis

testamento insertam hæres docere potest, exhæredationem factam esse: & quod novissimè Imp. voluit, legitimam relinqui tit. institutionis, id non hunc habet sensum, si ita relicta non sit, utcumque ritè facta sit exhæredatio, testamentum ipso jure non subsistere, sed tunc per querelã posse subverti: de quo uberius *inf tit.* 18. *Duar. ad hunc tit. c.* 20. *Covar. in cap. Raynutius §. 6. n.* 2 *&* 3. *Bocer. hic n.* 21.

Si autem resipuerint, infirmari] Deficiente nimirum conditione hujus substitutionis: ut enim pupillaris substitutionis hæc propria est, *Si filius impubes decesserit*; ita exemplaris hæc propria, *Si mente captus in eadem constitutione mentis decesserit*: ac proinde ut illa pubertate, ita hæc finitur resipiscentia: quomodo veteres quoque principalia rescripta interpretati sunt, quibus specialiter aliquibus concessum erat, liberis puberibus ob infirmitatem aliquam, propter quam ipsi testari non poterant, testamentum facere: iniquum enim esset, testamenti factionem adimere homini sani sensus & mentis, *l. ex facto* 43. *hoc tit.* ubi indicatur alius quoque modus, quo hæc substitutio infirmatur, sui hæredis agnatio. Quid autem si filius in eandē mentis abalienationem reciderit: Zasius *tract. subst. exemp.* post Baldum & Salicet. *in d. l.* 9. *C. hoc tit.* distinguit inter modicum & longum intervallum, ut illo casu duret, hoc evanescat substitutio, quod & *Covar. in d. c. Raynutius §. 6. n.* 11 *probat.* Perezius ad *eund. tit. C. n.* 33. indistinctè negat, unquam convalescere. Vasquius contrà convalescere ait; sed ita, quasi interim non extinctam, idque etiamsi filius tempore mortis paternæ adhuc sit sanæ mentis, *lib.* 2. *de success. progress. §.* 17. *n.* 48. *& seqq.* quæ etiam est communis opinio secundùm *Iason.* & alios à *Vasq.* & *Covar* allegatos. Ratio juris suadet, ut dicamus, *cum Donel.* 6. *comm.* 27. siquidem filius vivo adhuc patre in eundem morbum reciderit, magis esse, ut substitutio duret, *arg. l.* 6. *§* 2. *de hær. inst. §.* 4. *inf. de hær. qual.* nisi forte per id tempus, quo sanæ mentis fuit, ipse testamentum fecerit, *per §.* 1 *sup. quib. non est perm. fac. test.* Quod si tempore mortis testatoris sanæ mentis fuerit, evanescere substitutionem, *arg. l. coheredi* 41 *§.* 2 *h. t.* quæ etiam sententia videtur *D. Viglij hic n.* 19. male in contrarium allegati à D. Perezio. *Add. Mantic. de conj. ult. vol. lib.* 5. *c.* 16. *n.* 24. *& seqq.*

TEXTUS.

2. *Igitur in pupillari substitutione secundùm præfatum modum ordinata duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filij, tanquam si ipse filius sibi hæredem instituisset: aut certè unum testamentum est duarum causarum, id est, duarum hæreditatum.*

NOTÆ.

2. ALTERUM PATRIS, ALTERUM FILII] Et ideo mors utriusque expectanda, duæ additiones necessariæ; *l.* 2. *§.* 1. *h. t. l.* 11 *§.* 1. *ad Treb.* duplex apertura tabularum, si pupillares seorsum obsignatæ; *l.* 8. *test. qu. ap.* pater una hora sibi, altera filio hæredem facere potest, *l.* 16. *§.* 1. *h. t.*

UNUM TESTAMENTUM, &c.] Quia unum auctorem habet, unicaque solemnitate contentum est, *l.* 2. *§.* 4. *l.* 20. *pr. eod.* quia pupillare pars est & accessio paterni, *§. 5 inf.* & si quæ similia. *v.* Hotoman.

COMMENTARIUS.

REdit Imp. ad institutam initio disputationem de substitutione pupillari. Ait, in ea substitutione duo quodammodo esse testamenta. Quæ verba captanda non sunt. Etenim non hic eorum sensus est, in pupillari substitutione, quatenus sola & per se spectatur, duo esse testamenta; quæ oratio implicaret contradictionem: quippe in pupillari substitutione soli pupillo hæres datur, cujus idcirco etiam testamentum dicitur, licet patrem auctorem habeat, *l.* 20. *hoc tit. & passim.* ea verò pars, quia impubes ipse aut alius hæres instituitur, patris testamentum constituit, nulloque modo appellari potest substitutio pupillaris. Sed ita accipienda sunt, ut simul comprehendatur ipsa impuberis institutio, secundùm formulam in pr. traditam: quod ostendunt verba, secundùm præfatum modum ordinata. Hoc sensu rectè dicitur, duo hic quodammodo testamenta esse, alterum patris, alterum filij. Hinc enim est, quod utriusque mors expectanda, quod duæ additiones necessariæ, *l.* 2. *§.* 1. *hoc tit. l.* 11 *§.* 1. *ad Trebell.* duplex item apertura tabularum, si pupillares seorsum obsignatæ, *l.* 8 *test. quemad. aper.* quod pater una hora sibi, altera filio hæredem facere potest, *l.* 16 *§.* 1. *hoc tit.* sibi per scripturam, filio per nuncupationem, & contrà, *d. l. patris* 20. *eod. l.* 8. *in fin sec. ab.* quod filio substitutus eo abstinente non cogitur paternis creditoribus respondere, *leg. Iulianus* 42. *de acquir. hæred.* & apparet hoc luculentius in substitutione exhæredati.

Unum testamentum duarum causarum] Rectè quoque, sensu diverso, unum hic esse testamentum dicitur, *l.* 2. *§. prius* 4. *d. l. patris* 20. *hoc tit. l. paterfam.* 28. *de reb. auct. jud. poss.* nimirum

tum

tum ratione causæ efficientis, quia unum duntaxat auctorem habet; tum formalis, quia unica solemnitate contentum, veluti unis septem testium signaculis, *d.l.*10. tum ratione subsistentiæ, quia pupillare testamentum per se non subsistit, sed paterni accessio est, quo rupto, rescisso aut irrito facto, simul concidit, *d.l.*2.§.2.*l.*10.§ 3.*l.*16.§.1.*eod.l.*11 *test.quemad.ap.*§.5.*inf.hoc tit.* Atque hinc est, quod in tabulis patris & filij una Falcidia servatur, *l.*11. §.*quod vulgò* 5.*ad leg.Falc.* quod juri accrescendi locus est inter patris & pupilli tabularum legatarios, ut inter re conjunctos, *l.planè* 34.§.*sed si* 10. *de legat.*1. & si quæ sunt alia generis ejusdem Consulatur D.Hotomannus, qui singula accuratè persecutus est.

TEXTUS.

3. *Sin autem quis ita formidolosus sit, ut timeat, ne filius suus pupillus adhuc ex eo, quod palam substitutum acceperit, post obitum ejus periculo insidiarum subjaceat, vulgarem quidem substitutionem palam facere, & in primis testamenti partibus ordinare debet: illam autem substitutionem, per quam si hæres extiterit pupillus, & intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere debet, eamq; partem proprio lino, propriaq; cera consignare: & in priore parte testamenti cavere, ne inferiores tabulæ vivo filio & adhuc impubere aperiantur. Illud palam est, non ideo minus valere substitutionem impuberis filij, quod in ijsdem tabulis scripta sit, quibus sibi quisq; hæredem instituisset: quamvis pupillo hoc periculosum sit.*

NOTÆ.

3. PERICULO INSIDIARUM] Cajus *lib.*2.*tit.*4. nimirum propter substitutos insidijs infames *v.* Suet. *in Galba cap.*9. quod ex Orat. *pro Cluent.* refertur *in l.*39.*de pœn.*

PROPRIO LINO] Vide comment. infrà. Exempla substitutionis pupillaris factæ in ima cera, sive ultima parte tab. habes in *l.ult.de fideic. libert. l.*8. § *ult.sec.tab.*

IN PRIORE PARTE CAVERE] Etsi non cavit, voluisse tamen intelligitur, qui separatim obsignavit tabulas pupilli, *l.*8.*test.qu.ap.*

COMMENTARIUS.

QUia substitutio hæc pupillo periculosa videtur, consilium hoc loco parentibus datur, ut eam in ima parte tabularum scribant, linoque proprio trajecto constrictam obsignent, caveantque, ne vivo & adhuc impubere filio aperiantur.

Periculo insidiarum subjaceat] Vulgaris substitutio rarius periculum liberis impuberibus creat, quia adita hæreditate spes omnis successionis substituto præciditur. Potest tamen & ipla causam præbere insidijs. Apud Ciceronem in *orat. pro Cluent.* legimus, mulierem quandam Milesiam, accepta à secundis hæredibus pecunia partum sibi medicamentis abegisse; cujus rei meminit Triphon. *l.Cicero* 39.*de pœn.* Citius aurem periculum metuitur à substituto pupillarirer, si is mortuo patre, pueri custode, se esse substitutum cognoscat: hic enim majorem occasionem habet vitæ pupilli struendi insidias, eumque antequam pubescat, è medio tollendi. In cujusmodi scelus impulsus hac occasione fuit tutor ille, quem Sergius Galba ob id cruce affecit; nimirum quod pupillum, cui substitutus hæres erat, veneno necasset. *Suet.in Galb. c.*9. Scilicet ea vulgò est hominum improbitas, ut spe luculentæ hæreditatis aut similis lucri, quod post obitum alicujus se percepturos certò sciunt, facilè impellantur ad affectandam illius mortem. Notum est illud Persianum *Satyr.*2. de improbo insidiatore pupilli, cui hæres substitutus erat;

---- *Pupillúmve utinam, quem proximus hæres*
Impello, expungam.

Eodemque pertinent illa Horatij *lib.*2.*satyr.*5.

Arrepe officiosus, & ut scribare secundus
Hæres, ut si quis casus puerum egerit Orco,
In vacuum venias.

Primis testamenti partibus] Tabulæ testamenti in plures partes dividi possunt, singulæque partes seorsum obsignari, ita ut priores sine posterioribus commodè aperiri & resignari queant. Primam testamenti partem Horatius *d.satyr.*5. *primam ceram* vocat, sicut Tranquillus in Iulio *c.*83. partes inferiores, *imam ceram* Cicero *Verr.*3. *extremam ceram* codicis. Quod intelligendum est è consuetudine veterum Romanorum, qui in tabulis ceratis scribere solebant. Quamvis interdum etiam chartis & membranis uterentur, *§.nihil autem* 12 *sup. de test. ord.consule D.Salmas. lib.de mod.usur.c.*11.

Separatim in inferioribus partibus] Exempla substitutionis pupillaris factæ in infima sive novissima parte testamenti habemus apud Marcell. *l. ult. de fideic. lib. Paul. l. ult ad sen. Trcb. Vip. l.* 8. *test. quem ap.* quo loco etiam hoc scribit Iurisconsultus,

ultus, prætorem non pati sine causæ cognitione aperiri tabulas pupillares, quas separatim signatas testator reliquit, quamvis expressè non caverit, ne aperiantur: quia sc. prætor existimat, id nullo modo è re pupilli futurum esse.

Proprio lino] Significat, testamenti tabulas diverso lino ita ligandas esse & complicandas, ut lino inciso singulæ per se commodè aperiri possint. Lini, quo tabulæ ligantur, mentio fit plerisque locis, *l. Aurelius 28. §. 1. de lib. leg. l. 1. §. pen. & ult. de bon possess. sec. tab. l. pen. Cod. de testam. apud Lucian. in Timone. Sueton. in Neron. cap. 17. Adversus falsarios tunc primum repertum, ne tabulæ nisi pertusæ, ac ter lino per foramina trajecto, obsignarentur. Add. Alciat. 4 parad. 6.* Gajus *2. Inst. 4.* de hac cautela sic scribit; *Sed pupillaris substitutio ita secreta esse debet, ut ad notitiam substituti pervenire non possit, ne vitæ pupilli substituti insidias moliatur. Nam in extrema pagina testamenti fieri debet, ut pars illa, in qua pupillaris substitutio scripta est, quamdiu pupillus annos pubertatis egrediatur, obsignata permaneat, & prior pars testamenti, in qua hæres scriptus est, reseratur.*

Cavere, ne inferiores tabulæ aperiantur] Pupillares tabulas aperiri plerumque vetabat parens, *leg. 3. Cod. quemadm. test. ap.* aut vetuisse intelligebatur, si seorsum eas signatas reliquisset, *leg. 8. ff. eod.* Quæsieris, quid juvet, hanc adhibuisse cautionem, cùm qui in vulgarem casum impuberi à patre substitutus est, etiam in casum pupillarem substitutus esse intelligatur ex constitutione D. Marci, *leg. 4 hoc tit.* nam facta palam substitutione vulgari, etiamsi altera celetur, in idem incommodum incidi; quia substitutus ignorare non potest, mortuo impubere, se ei hæredem fore ex tacita pupillari. Sed facilis est responsio, nimirum ex conjectura voluntatis hoc introductum, ut substitutioni vulgari expressæ, pupillaris insit: in voluntate testatoris manifestè contraria secus esse, *d. leg. 4. §. 2. & leg. 4. Cod. eod.* Neque enim unquamen re manifesta aut ubi de voluntate constat, præsumptioni aut conjecturis locus est, *leg. continuus 137. §. 1. in fin. de verbor. obl.* Quamobrem cum in casu præsenti ex priore testamenti parte constet, testatorem expressè aliquem filio substituisse in imis tabulis, quas filio vivo & adhuc impubere aperiri vetuit, nihil certi sibi promittere substitutus potest de successione pupilli, cùm scire non possit, ipsumne, an alium testator in secundum casum substituerit.

Non ideo minus valere] Igitur Iustinianus hic non imperat, sed suadet. Consilium est, non præceptum, & ut Græci, οὐ νόμος, ἀλλὰ παραίνεσις: neque enim eo minus valet pupillaris substitutio, quod scripta est in ijsdem tabulis, quibus testator sibi hæredem instituit. Quin etiam sibi in tabulis testamentum facere pater potest: filio impuberi per nuncupationem substituere, *l. 8. in fin. sec. tab. l. patris 20. §. 1. hoc tit.*

TEXTUS.

4. Non solum tamen hæredibus institutis impuberibus liberis ita substituere parentes possunt, ut si hæredes eis extiterint, & ante pubertatem mortui fuerint; sit eis hæres is, quem ipsi voluerint: sed etiam exhæredatis. Itaque eo casu, si quid exhæredato pupillo ex hæreditatibus, legatisve aut donationibus propinquorum atque amicorum acquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinebit. Quæcunq; diximus de substitutione impuberum liberorum, vel hæredum institutorum, vel exhæredatorum, eadem etiam de posthumis intelligimus.

NOTÆ.

4. SED ETIAM EXHÆREDATIS] *leg 2 §. 2. leg. 10. §. 5. hoc tit.* Ulpian. *tit. 23. §. 7.* quia pater non suis bonis substituit, sed impuberis, videlicet jure potestatis, *d. l. 10. §. 5.* quo & tutorem dat, *l. 4. de test. tut.* Formula: *Titius hæres esto: filius exhæres. Si filius impubes moriatur, Sempronius ei hæres esto.*

EX HÆREDITATIBUS LEGATISVE, &c.] *d. l. 10. §.* non tamen potest pater ab exhæredato legatum relinquere, *l. 41. §. 3. h. t.* neque à substituto exhæredati, *l. 41 §. 3. de test. mil.* Legatum onus est: hæredem habere non est.

ETIAM DE POSTHUMIS] *l. 2. eod.* exempl. *in l. 46. h. t. l. ult. C. de instit. & subst.*

COMMENTARIUS.

1 *Formula substitutionis pupillaris exhæredato factæ.*

2 *Malè in vulgatis codicibus interpungi*, l. miles 41. §. 4. de test. milit.

3 *Patrem ab exhæredato filio ejusve substituto legare non posse.*

4 *An exhæredatio extinguat ius suitatis. Quæstio subtilissima.*

SED etiam exhæredatis] Non ait, præteritis, quia sic testamentum patris ipso jure nullum esset, *l. 1. de inoff. test. l. inter cætera 30. de lib. & posth.*

posth. Exhæredatis autem rectè substituitur, *l. 1. §. 2. leg. 10 §. ad substitutos 5. hoc tit.* nimirum jus hoc substituendi, ut tutores dandi, non ab institutione hæredis, sed à potestate patris pendet. Quippè qui non suis bonis, sed impuberis substituit: quo argumento utitur, *Ulp. de leg. 10. §. 5.* Quamobrem etsi hodie bonorum adventitiorum proprietas patri non quæritur, non eo tamen minus substituere filio exhæredato poterit. Neque in eo injuria fit exhæredato, quod pater ei hæredem dat: quin potius ad utilitatem pupilli hoc spectare creditur, *leg. Iulian. 42. de acq. hær. Fac. leg. 6. in pr. de interrog. injur.* 1 Sed quibus verbis hæc substitutio concipienda est? Non enim potest concipi eadem formula, qua utimur in substitutione filij hæredis instituti, *Si hæres erit, & intra pubertatem decedet.* Nimirum posterior tantùm hujus conditionis pars exprimenda. Formula hæc sit; *Titius hæres esto; Filius exhæres. Si filius impubes moriatur, Sempronius ei hæres esto.* Ex quo apparet, veram hic substitutionem nullam esse, ac ne vix quidem coloratam, ut monui initio hujus tit.

Pupillo ex hæreditatibus legatisve] Nam uti modò dictum est, non suis, sed impuberis bonis testator substituit. Turbavit hic multos vitiosa lectio *l. miles 41. §. 4. de test. mil.* Sic enim is locus in vulgatis codicibus legitur; *Exhæredato miles & emancipato filio substituere potest. Verùm hoc ius in his exercebitur, qua ab ipso ad eum, cùm substituit, pervenerunt: non etiam in his, quæ habuerit, vel postea acquisierit.* Quod si exhæredato filio à milite substitutus ea tantùm accipit, quæ à testatore profecta sunt, nihil amplius ei tribuendum, si substitutus sit à pagano. Cæterùm alia omnia ratio juris efflagitat: nec re- 2 sponsum istud, si ita legas, defendi potest à summa absurditate. Quod cùm animadverteret D. Viglius, ausus est, quanquam nullius fretus codicis auctoritate, locum aliter interpungere, dictioneque *exhæredato*, in calcem præc. § transposita, novum sic inchoare: *Miles & emancipato filio, &c.* quam viri doctissimi & prudentissimi interpunctionem posteà compertum *est Pisani codicis auctoritate confirmari.*

Ad substitutum pertinebit] Hoc igitur certò constitutum est, licere patri substituere filio impuberi etiam exhæredato, atque ex hac substitutione ad substitutum pertinere adventitia exhæredati emolumenta. Sed hac occasione duo quæsita sunt: primum, an quemadmodum pater exhæredato rectè substituit, ita etiam ab eo legatum aut fideicommissum rectè relinquat: alterum, an à substituto exhæredari legatum aut fideicommissum dare valeat. Primum quod attinet, placet patrem à ...o, quem exhæredavit, legare aut fideicommissum relinquere non posse, *l. coheredi 41. §. 3. hoc tit.* alia enim ratio est substitutionis, alia legatorum sive fideicommissorum. Legata & fideicommissa onera sunt; ac proinde alijs imponi non possunt, quàm iis, quos defunctus honoravit, & tantùm pro modo relicti, *d. l. coheredi, §. 3. l. 1. § sciendum 6. de legat. 3. l. 9. C. de fideic.* Substitutio verò onus nullum continet (neque enim onus est hæredem habere) sed est provisio pertinens ad commodum ipsius pupilli. Atque hinc quoque judicandum de altero. Nam si ab exhæredato legari non potest, nec poterit à substituto ejus. Ratio enim non patitur, ut plus juris habeat testator circa personam substituti, quàm habet in eo, cui substituit, *l. qui fundum 87. §. qui filios 7. vers. dicet aliquis, ad leg. Falc. l. ab exhæredati 116. de legat. 1.* Plane quemadmodum filius exhæredatus, si legatum vel fideicommissum à patre accepit, fideicommisso itidem à patre gravari potest; *d. l. coheredi, § 3.* ita & eo casu poterit substitutus, si juris rationem spectes, *l. 5. §. 1. de legat. 3.* Contrarium tamen in odium exhæredationis constituit Iustinianus *l. cùm quidam 24. C. de legat.* ut benè observavit D. Viglius. Ne olim quidè, ut hoc obiter addam, legari à substituto exhæredati poterat, quantumvis legatum etiam amplum à patre accepisset, *l. miles 41. §. 3. de test. mil.* nimirum quia ex ratione juris veteris legata à legatario ejusve hærede non rectè relinquebantur, at benè fideicommissa, *inf. de sing. reb. per fidei. rel. in pr. d. l. 5. §. 1. de leg. 3.*

Eadem etiam de posthumis intelligimus] Quæstionem, an hodie post *Nov. 115. c 3.* posthumus exhædari, & consequenter, an ei exhæredato substitui possit, alij loco reservamus. Illud pro coronide hic indagare lubet: verùmne sit, quod nonnullis visum est, per exhæredationem tolli jus suitatis. Nam 4
si hoc verum est, concidit in totum doctrina hujus §. quandoquidem suis tantùm hæredibus substitui potest; *l. 2. in pr. hoc tit.* Verum autem esse, hisce argumentis probari videtur. Primùm si exhæredati ne hæredes quidem sunt, nec sui hæredes dici possunt; cùm non entis nulla sit qualitas, atque ut in scholis ratiocinantur, *ab est secundi abjecti ad est tertij adjecti valeat consequentia negando.* Hæredes autem non esse, testatur Iurisconsultus *leg. 1. §. pen. de suis & legit.* Ratio etiam juris manifesta est, quia nec ex testamento nec lege eis defertur hæreditas, ut plenius ostendimus in *§. cùm autem 7. inf. de hær. quæ ab int.* Secundò inter suos hæredes numerari non potest, qui pro mortuo habetur: at exhæredatus habetur pro mortuo, *leg. 1. §. sed & si 5. de conjung. cum emanc. lib.* Postremò sui hæredis jus per exhæredationem dicitur abscissum esse, *leg. 9. §. 2. de lib. & posth.* Ex

contrà

contrario verò non tolli per exhæredationem jus suitatis, duobus argumentis perspicuè evincitur. Unum petitum est à definitione: nam si sui hæredes non liberi omnes defuncti, qui eo tempore, quo moritur in potestate illius sunt, & primum in familia locum obtinent, non potest non filius exhæredatus eo tempore inter suos hæredes numerari, nisi dicamus, quod inauditum est, exhæredatione solutum fuisse jus patriæ potestatis. Nec mihi objeceris, jus suitatis non ex eo solùm æstimari, quod quis in potestate sit, & primum gradum in familia teneat; verùm etiam, & maximè ex causa successionis: exhæredatum autem à successione excludi. Etenim quamdiu pater vivit, exhæredationis nulla vis est, eoque etiam mortuo adhuc in irritũ redigi potest, destituto vel rescisso per querelam inofficioso patris testamento, *l. filium 20. in pr. cont. tab.* ut proinde jus filij sui hæredis per exhæredationem sublatum fuisse non dici possit. Alterum argumentum sumitur ab effectis suitatis proprijs. Primũ ex eo, quod, ut hoc §. docetur, filio exhæredato rectè pater pupillariter substituit. Suum autem hæredem esse oportet, cui ita substituatur, *l. 2. hoc tit.* Secundò, quod, cùm tutor testamento dari non possit nisi ei, quẽ quis in suis hæredibus, cùm moritur, habuit, *l. quo tutela 73. §. 1. de reg. jur.* rectè nihilominus detur exhæredato, *l. 4. de test. tut.* Tertiò, quod exhæredati filij persona obstet nepoti, quominus suus hæres fiat avo, & præteritus quasi agnascendo rumpat avi testamentum, *l. 6. pr. de injust. rupt. test. l. 7. unde lib.* Si enim per exhæredationem perimeretur jus suitatis, nepos protinus occuparet locum patris, atque in sui hæredis locum succedendo avi testamentum rumperet, non secùs ac is rumpit, cujus pater mortuus aut emancipatus est, *§. 2. sup. de exhær. lib. l. 13. de injust. rupt.* Postremò à jure quoque suitatis procedit, quod filio, qui in potestate est, exhæredato ad transmittendam querelam nec bonorum possessio, nec aditio hæreditatis necessaria est. Cur enim alioqui contra filius emancipatus nisi ista fecerit, non videtur litem præparasse? *l. 7. de inoff. testam.* Neque verò adeò difficilis responsio est ad argumenta duo posteriora, quibus diximus probari videri exhæredatione jus sui hæredis planè extingui. Etenim quod Ulpian. ait *d. l. 1. §. sed & si 5. de conjung. cùm emanc. lib.* patrem exhæredatum pro mortuo haberi, verum quidem est, non autem simpliciter, sed quod ad illud edictum, de quo agitur, attinet; ne scilicet pater emancipatus, exhæres factus, impediat, quominus nepos in potestate retentus & præteritus bonorum possessionem contrà tabulas solus petat, aut si concurrat parvus, partem bonorũ dimidiam consequatur; cùm si pater exhæredatus non fuisset, ex edicto filio jungeretur. Eodem modo responderi potest ad *d. l. 9. §. 2. de lib. & post.* jus filij eo loco abscissum dici comparativè, respectu sc. ejus, qui apud hostes est, cuius jura omnia in suspenso retinentur propter spem postliminij. Aut si magis placet emendatio Ant. Fabri 10. *conj.* 12. pro illis verbis, *filij jus*, lege, *illius jus*: ut hoc referatur ad nepotem, cujus sanè jus per exhæredationem patris penitus abscissum est; in tantùm, ut nec defuncto ante aditam hæreditatem patre ad successionem avi admittatur, *d. l. 9. §. 2. d. l. 6. de iniust. rupt. test. l. 7. unde lib.* quæ emendatio eo probabilior est, quia & sententiæ Iurisconsulti locus sic restitutus melius cõvenit, & lectio loci mirè variat, ut videre est apud *Accurs. Bart. Alciat.* & in editione Robert. Stephani. Majorem difficultatem habet argumentum, quod primo propositum fuit: utiq; enim cùm verum sit, exhæredatum morienti patri hæredem non existere, sconsequens est, nec suum esse, quo tempore pater moritur; alioqui necessariò potestate juris statim hæres existeret, & obstaret hæredi instituto, quominus ipse directò hæres esse & jure civili hæreditatem cernere posset, *arg. l. ult. de acq. her.* quod falsum esse patet ex *d. l. 6. in pr. de iniust. rupt. test. l filium 20. de bon. poss. cont. tab.* Quamobrem sic omninò statuendum arbitror, vivo adhuc patre, cui testamentum mutare licet, exhæredationem non impedire, quominus filius exhæredatus adhuc inter suos hæredes habeatur: atque ideo nepotibus ex se natis obstare quominus in locũ ipsius & gradum adscendant. Sed & post mortem patris, quamdiu adhuc ab intestato succedere potest, pro suo interim haberi, quoniam rescisso aut deserto patris testamento suus hæres nihilo minus patri existit, perinde ac si nulla exhæredatio interveniisset. *d. filium 20. cont tab. l. 8. §. pen. de inoff test.* Verumenimverò si exhęredario confirmata fuerit adita ex testamento hæreditate, hac consideratione exhæredatus ampliùs pro suo haberi non potest, cùm verum sit, eum patri suum hæredem non extitisse, nec existere posse, *d. l. 1. §. pen. de suis & legit. add. Gomez 1. ref. 11. n. 9. Hotom. 9. obs. 10. Ant. Fab. 9. cont. ult. Christin. vol. 4. dec. 16. n. 4. Bachov. hic. add. Val. Reimer. dec. 6. disp. 1. thes. 4.*

TEXTUS.

5. Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, nisi & sibi faciat; nam pupillare testamentum pars & sequela est paterni testamenti: adeo ut si patris testamentum non valeat, nec filij quidem valebit.

NOTÆ.

NOTÆ.

5. NISI ET SIBI FACIAT] *d. l. 2. §. 1.* imò nisi sibi prius faciat, deinde filio, nec converso modo à filij testamento incipiat, *d. l. 2. §. 4. & ult.* utique si ex intervallo diversisque tabulis sibi pater hæredē scribat, & filio substituat, quod facere potest, *l. 16. §. 1. l. 20. §. 1. eod.* Cæterùm si conjunctim, eodem tempore ac contextu utrumq; fiat, licet ordinem convertere, veluti si ita scribat, *Si filius meus intra pubertatē decesserit, Seius hæres esto: Filius hæres esto, d. l. 3. §. 5.*

NEC FILII VALEBIT] Fac. ratio in *l. 129. §. 1. l. 178. de reg. iur. c. accessorium, eod. in 6.* puto tamen hodie tabulas pupillares non infirmari, quamvis exhæredatus querela inoff. testamenti obtinuerit, per *Nov. 115. c. 3. in fin.*

COMMENTARIUS.

1 *Patrem prius sibi debere testamentum facere, deinde filio, nec converso modo à filij testamento incipere; nisi coniunctim unoq; textu utrumq; fiat.*

2 *Patris testamento non subsistente, & filij nullum esse aut corruere.*

3 *Cur rescisso per querelam testamento patris substitutio pupillaris concidat, petita cont. tab. bonorum possessione non item.*

4 *Iure noviſſimo etiam expugnato per querelam testamento patris salvam manere substitutionem pupillarem.*

PErmissum quidem patri est, suo testamento perfecto, alio tempore filio testamentum facere, *l. 16. §. 1 hoc tit.* aut sibi per scripturam, filio per nuncupationem, vel contra, *l. patris 20. eod.* & vel instituto filio vel exhæredato. Cæterùm necessarium omninò est, ut sibi quoque hæredem faciat: qui filio vult facere, *l. 2. §. 1. eod.* Incongruens enim visum est, eum, qui ipse intestatus decedere cupit, filio suo hæredem testamento dare: tantumque concessum patri sibi testamentum facienti, simul filio impuberi prospicere. Ex quo efficitur, testamentum patris principale esse, filij accessorium & paterni appendicem; ac proinde hoc sine illo non consistere, ex tritissima juris regula, *l. nihil dolo 129. §. 1. de reg. iur. c. accessorium, eod. in 6.* Cæterùm hoc in paganis obtinet; militi enim ex privilegio indultum ut soli filio hæredem facere possit, tametsi sibi non fecerit, *d. l. 2. §. 1. l. in fraudem 15. §. pen. de test. mil.*

Nisi & sibi faciat] Imò, nisi prius faciat deinde filio: nec converso modo à filij testamento incipiat, *d. l. 2. §. prius 4, & §. ult.* Quippè hic ordo naturæ est, ut sit & præcedat aliquid principale, cui quid accedere volumus, quod per se solum subsistere nequit. Filij autem testamentum sequela est & accessio paterni, ita ex paternis tabulis pendens, ut sine illis non subsistat. Meritò itaq; Iuliani sententia rescripto Imperiali comprobata est, patrem prius sibi debere, deinde filio hæredē scribere, neq; hunc ordinem convertendum esse, incipiendúmve à testamento filij, *d. l. 2. §. 4.* Minimeq; audiendus est Goveanus, qui *lib. 1. var. lect. 8. in d §. 4* pro *comprobata*, reponit *improbata*, motus ratione, qua Ulpianus mox utitur, quia constet, unū esse testamētum. Nam ista ratio non evertit Iuliani sententiā, ut Goveano videtur, sed confirmat. Objici quippè poterat, duo hic testamenta esse, unū patris, alterū filij, *§. 2. sup. eod.* ac proinde parum referre, ab utro incipiatur. Cui objectioni occurrit Ulpianus, tacitè significans, si reverà duo diversa hic essent testamenta, facilè se concessurum, nihil interesse, utrùm prius posteriúsve factum sit: sed quia unum duntaxat reverà testamentum est, quod duas quidem partes habeat, sed quarū illa, qua hæres instituitur filio, pendeat ex altera, qua hæres instituitur patri, rationem exigere, ut ea pars præcedat, quæ principalis est, sequatur altera, quæ ex priori dependet, & sine ea consistere non potest. Atque hæc ita obtinent, si ex intervallo diversisq; tabulis pater sibi hæredem scribat, & filio substituat. Si verò conjunctim, eodem tempore ac contextu utrumque fiat, placet substitutionem valere, licet conversa scriptura filij testamentum factum fuerit. Veluti si quis ita scripserit, *Si filius meus intra pubertatem decesserit, Seius hæres esto. Filius hæres esto, d. l. 2. §. sed si 5.* & meritò. Quia in conjunctionibus nullus ordo est, nec quicquam interest, utrùm prius, utrùm posterius dicatur scribatúrve, teste Alfeno, *l. cum quidam 14. de pecul. leg. fac. l. si ita 28. de her. inst.* Ad hunc modum hæc explicant *Zas. ad d. l. 2. §. 4. n. 8. Duar. in comm. ad hunc tit. cap. 14. Vigl. hic*, citans *Iason. & DD. ultramontanos.* Angelus etiam communem hanc esse sententiam testatur.

Nec filij quidem valebit] Nam, ut dictum est, cùm principalis causa non subsistit, ne ea quidem, quæ sequelæ & accessionis vicem obtinent, consistere possunt, *l. nihil dolo. 129. §. 1. l. cum principalis 178. de reg. iur. c. accessorium. eod. in 6.* Hinc fit, ut non tantùm ab initio pupillares tabulæ 2
non subsistant, si patris testamentum ab initio nullum sit; verùm etiam corruant, si patris testamentum, quòd rectè factum erat, posteà infirmetur, puta aut rumpatur agnatione vel quasi agnatione sui hæredis, *l. 2. in pr. hoc tit.* aut inofficiosum in totum pronuntietur, *l. 8. §. sed nec 5. in fin.*

de inoff. test. aut irritum fiat testatore capite minuto, aut non adita ex testamento hæreditate *d. l. 2. §. 1. l. 10. §. 4. eod.* Planè si suus hæres testamento patris sit institutus, putà pupillus ipse, nihil amplius ad confirmationem testamenti desideratur, quam ut is mortuo patri sit superstes, licet se abstineat: nam vel nudæ sui hæredis existentiæ hæc vis est, ut confirmet tabulas pupillares, *l. 12. h. tit.* de quo plenè
3 scripsimus ad *pr hujus tit.* Illud alicui mirum videatur, quod cùm rescisso per querelam testamento substitutio pupillaris concidat, eam tamen placeat valere, cùm præterito filio contra tabulas bonorum possessio petita est, *l. ex duobus 34. in fin. & l. seq. eod.* non enim minus sic testamentum rescinditur, reditque res ad causam intestati, quàm ex causa inofficiosi, *l. ut lib. 17. C. de collat.* Ego hoc ex eo esse puto, quòd querelæ inofficiosi hic color prætexitur, quasi testator sanæ mentis non fuerit, cùm testamentum ordinaret, *l. 2. l. 13. de inoff. test.* ut proinde eo rescisso perinde omnia haberi debeant, ac si testamentum nullum factum esset, aut ab eo factũ qui testamenti factionem non habuit, nihil ut ex eo testamento valeat, *l. 8. §. pen. l. cùm mater 28. d. tit.* Hoc autem prætextu non petitur aut conceditur contra tabulas bonorum possessio. Occurrit etiam quod prætoria remedia non ultra operantur, quàm prætor voluit, *l. in conventionalib. 52. de verb. obl.* Cumque prætori hoc curæ sit, ut beneficij sui fines sic regat, ut quàm potest minimum detrahat juri civili, & omninò ne cui noceat, credibile est, ob hanc causam noluisse eum vim auxilij sui porrigi ad tabulas pupillares; ne, dum alijs opitulatur utilitatem impugnet pupilli. Ad hæc nec prætor ipse omninò pro nullo habet testamentum; contrà quod bonorum possessionem pollicetur: nam si hoc septem testium signis signatum sit, etiam scriptis in eo hæredibus, dat bonorũ possessionẽ secundùm tabulas, scil. si liberi præteriti, quorum causa potior est, non petant, *l. 2. in pr. secund. tab.* Ut adeo nihil mirum sit, substitutionem pupillarem, quæ edictũ prætoris non offendit, salvam manere. Qua de re vide quæ superius disputavimus sub *tit. de exhær. lib.* Hodie ex novella Iustiniani lege, etiamsi per que-
4 relam inofficiosi testamentum patris expugnatum fuerit, pupillaris substitutio salva manebit, quemadmodum & legata cæteraq; capita firma manent præter institutionẽ *Nov. 115. c. 3. in fin.* unde *auth. ex causa, C. de lib. prat. & ibi comm. DD.* Equidem scio, Dynum & Petrum a Bellapert. contendisse, ea tantum ex novella ista lege rescisso testamento salva manere, quæ institutionẽ hæredis non desiderant, veluti legata, fideicommissa, libertates, tutorum dationes: secus adhuc esse, in ijs, quæ hæredis institutionem requirunt, ut pupillaris substitutio; idque & Covaruviæ probari *in c. Raynut. §. 6. n. 3.* Cæterum mihi verba illa Novellæ, *& alia capitula*, non ob aliam causam videtur addidisse Iustinianus, quàm ut omnia capita comprehenderet extra institutionem: ac licet pupillaris substitutio & ipsa sit institutio, palam tamen est illic per institutionem, quæ irrita esse jubetur, intelligi institutionem primam qua scil. pater sibi hæredem scripsit non qua filio, quæ tantùm pars est & sequela paterni testamenti: pertinet denique etiam ad utilitatem pupilli, ut salva maneat substitutio, ob quam causam & olim everso per bonorum possessionem cont. tab. testamento patris conservata fuit, *l. ex duobus; in fin. cùm l. seq. hoc tit.*

TEXTUS.

6. Vel singulis autem liberis, vel ei, qui eorum novissimus impubes morietur, substitui potest. Singulis quidem, si neminem eorum intestatum decedere voluerit: novissimo, si jus legitimarum hæreditatum integrum inter eos custodiri velit.

NOTÆ.

6. VEL SINGULIS] Ex Florent. *l. 37. eod. add. l. 25. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *An postquam mater unà cum fratribus defuncti ad legitimam hæreditatem vocata est, adhuc locus sit dispositioni hujus §.*

2 *An non saltem, quo mater excludatur, dici possit, fratres per fideicommissum mutuo substitutos esse.*

QUi plures liberos impuberes habet, si neminẽ eorum intestatũ decedere velit, potest singulis, quos voluerit substituere, aut ipsos invicem & reciprocè, eique, qui novissimè impubes mortuus fuerit, substituere alium aliquem, *l. si pater 25. hoc tit.* Quòd si uni tantùm substituit, hic solus testatus decedet, cæteri intestati. Unde si postremò morituro tantùm substituerit, jus legitimarum hæreditatem inter fratres conservare voluisse intelligitur, *l. vel singulis 37. eod.* unde hic locus sumptus est.

Intestatum decedere] Nota, impuberes etiam dici intestatos decedere, etsi ipsi testamentum facere non possunt; sicut vice versa testati decessisse dicuntur, cùm pater eis testamentum fecit.

Porrò

Porrò an propriè vox intestatus, impuberibus, furiosis & similibus personis attribuatur, ita ut statuta de successione intestatorum loquentia ad eas quoque personas intelligi debeant pertinere, tractamus *inf tit. 1. lib. 3. inpr.*

Ius legitimarum hæreditatum] Nam cùm cæteris nec pater testamentum fecerit, nec ipsi sibi in ætate pupillari facere possint, necessariò evenit, ut præmorientium fratrum impuberum hæreditates ex lege 12. tabb. ad superstites perveniant: quorum tandem omnium bona in ultimi defuncti hæreditate reperta substitutus ejus consequetur. Unde quæritur, cùm hodie ex *Nov. 118. cap. 2.* mater defuncti una cum fratribus ad legitimam hæreditatem vocetur, adeoque fratres consanguineos tantùm sive ὁμοπατρίους excludat, utrùm nihilominus adhuc in casu proposito novissimo morienti substitutus bona etiam cæterorum integra consequatur, an mater partem eorum auferat, easque duntaxat partes ferat substitutus, quæ morte fratrum ad impuberem pervenissent nulla facta substitutione. Prius illud dicere non possumus, nisi fingamus, substitutionem novissimo factam ad omnes pertinere, singulosque invicem tacitè substitutos, & postremũ morientẽ prædefuncto. At hoc vetat hic ipse locus. Ait enim Imp. cùm novissimo tantùm substituitur, jus legitimarum hæreditatum inter fratres integrum custodiri. Si verò mutua hic fingatur substitutio, priorum morientium superstites non legitimi hæredes, sed ex testamento essent, omnesq; decederent testati. Proinde dicendum, ut olim in casu proposito inter fratres, quippe qui soli à lege vocabantur, legitimæ hæreditates salvæ manebant, ita hodie etiam matri, postquam ea una cùm defuncti fratribus admissa est, jus legitimæ successionis integrum manere, atque ad substitutum eas duntaxat partes pertinere, quæ in hæreditate ultimi defuncti reperiuntur. Sed dixerit adhuc aliquis, quidni hic fideicommissum inducimus, ut ipsi fratres, si non directò, saltem per fideicommissum invicem substituti videantur? Ita enim Paulum in specie non dissimili respondisse *l. Titia 87. §. 2. de legat. 2.* Species hujusmodi est, de qua consulitur, Testator certum fundum legavit Titio Mævio, fideique eorum ita commisit, *ut qui ex ijs ultimus decessisset, eum fundum, cùm moreretur, restitueret Sempronio.* Respondet Iurisconsultus, in eo fideicommisso testatorem duos videri gradus substitutionum fecisse, unum, ut is, qui ex duobus prior moreretur, alteri restitueret, quod colligit ex verbis, *qui ultimus decesserit*, alterum, ut novissimus restitueret Sempronio. Sed non est hæc species similis nostræ. Rectè Iurisconsultus in *d. l. Titia, §. 2.* ex eo, quod testator proponitur eum, qui ex duobus, quibus fundum legaverat, posterior moreretur, rogasse, ut eum fundum alij restituerent, colligit alterum fideicommissum: non enim rogatus proponitur de restituenda duntaxat parte sua, sed de toto fundo, ac proinde etiam de parte collegatarij præmortuo. Iam verò quia hoc facere non potest, nec implere fideicommissum expressum, nisi collegatarij quoque pars ad eum pervenerit, apparet, eam defuncti fuisse voluntatem, ut qui ex collegatarijs prior moreretur, superstiti partem suam restitueret. In casu verò nostro nihil est, quamobrem præter substitutionem novissimi aliam aut fideicommissum indicamus: non enim in universa hæreditate sed ultimi morientis tantùm bonis substitutio facta proponitur.

TEXTUS.

7. Substituitur autem impuberi aut nominatim, veluti, Titius hæres esto: *aut generaliter, ut,* Quisquis mihi hæres erit. *Quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere mortuo filio, illi qui & scripti sunt hæredes, & extiterunt, & pro qua parte hæredes facti sunt.*

NOTÆ.

7. SUBSTITUITUR AUTEM] *l. 3. l. 5. l. 8. §. 1. l. 10. pr. h. t. l ult C. eod.*

QUI ET SCRIPTI ET EXTITERUNT] Itaque nec dominus, qui per servum; nec pater, qui per filium hæres extitit, neque hæredis hæres vocantur, quia non veniunt ex judicio defuncti, *d. l. 3 l. 8 §. 1. eod.*

ET PRO QUA PARTE] *d. l. 8 §. 1.* ut hic quoque locus sit regulæ traditæ, *sup §. 2 tit. prec.*

COMMENTARIUS.

1 *Generali formula substitutionis solos illos vocatos intelligi, qui hæredes nominatim scripti sunt.*

2 *Ex eadem formula solos venire, qui patri hæredes extiterunt.*

3 *Ejusdem formulæ hunc effectum esse ut substituti easdem ex substitutione partes consequantur, quas in patris hæreditate habuerunt.*

SUbstitutio pupillaris vel specialiter & nominatim concipitur, putà hoc modo, *Filius meus hæres esto. Si filius impubes decesserit, Titius hæres esto.* Vel generaliter veluti, si pluribus hæredibus

instítutus, testator his verbis filio substituat, *Quisquis mihi hæres erit, idem filio meo impuberi hæres esto, l.3.l.8.l.10.hoc tit.l.ult.C.eod.* Ad quem modum vulgaris substitutio non rectè conciperetur: nam hæc formula, *Quisquis mihi hæres non erit*, &c. in infinitũ producitur. Non est verò eadem vis generalis & specialis substitutionis, ut in calce exegesios hujus §. ostendemus, cùm cognita nobis erit potestas clausulæ generalis sive horum verborum, *Quisquis mihi hæres erit*, &c. quam solam hic explicat Iustinianus.

Qui & scripti sunt hæredes, & extiterunt, & pro qua parte] Paucissimis verbis triplicem comprehendit effectum horum verborum, *Quisquis mihi hæres erit.* 1 Primus hic est, quod his verbis vocati intelligãtur illi soli, qui hæredes nominatim scripti sunt, non alij, qui fortè per eos, qui scripti sunt, hæredes extiterunt. Itaque nec dominus, qui per servum, nec pater, qui per filium hæres extitit, ex hac clausula ad hæreditatẽ impuberis admittitur: quippè quibus non judicio defuncti, sed potestatis vel dominicæ vel patriæ hæreditas obvenit, *l.3.l.8.§.1.eod.* Eademque ratione nec hæredis hæres admittetur, *d.l.8.§.1.* licet aliàs hæredis appellatione etiam hæres hæredis contineatur; *l.hæredis 65.l.sciendum 70. de verb.sing. l.qui per successionem 194. de reg.jur.l.ult. C.d.har.inst.* nec is, cui ex fideicommisso hæreditas restituta est, ut rectè docet D.Vigl. hic Cæterùm quod diximus, dominum non admitti, id intelligendum est, si hoc solo obtentu hæreditatẽ pupilli ex substitutione ad se pertinere contendat, quod patris bona jam apud se per servũ quæsita habeat. Non enim inspicitur, apud quem patris hæreditas sit, sed quis à patre expresè & immediatè ad hæreditatem vocatus. Ideoque si servus quæsitã domino ex institutione hæreditate, antequam ex substitutione adiret, à potestate ejus exierit, non poterit dominus ex substitutione, impuberi hæres effici: sed servus vel ipse sibi hæreditatem impuberis acquiret, si fortè manumissus fuerit; vel si alienatus, novo domino, cujus jussu adierit. At verò si existente conditione pupillaris substitutionis adhuc in ejusdem domini potestate sit, nihil prohibet, quominus jussu ejus nunc item ex substitutio- 2 ne pupilli hæreditatem adeat, eamque novo hoc suo facto acquirat domino; ut *post.Io.Fab.hic, & DD. comm.in l.filiofam.16.de legat.1.* docent *Vigl. & Bachov.hic, Duar in comm.ad hunc tit.cap.15. & fac.l.3. hoc tit.inæst.§.1.sup.de har.inst.* Simili igitur modo si filiusfam. emancipatus fuerit, ipse ex substitutione hæres fiet, si in potestate manserit, patrem hæredẽ faciet. Alter effectus substitutionis generaliter factæ, est, quod ex ea soli veniant illi, qui patri hæredes extiterunt: proinde si hæres scriptus paternam hæreditatem repudiaverit, nihil ei proderit ad hæreditatem pupilli consequendam, quod testamento patris hæres scriptus est: nam aliàs horum verborum, *Quisquis mihi hæres erit*, &c. nulla vis esset, cùm à testatore jam antè hæredes scripti sint, qui ea conditione substituuntur, *d.l.8 in fin.pr. hoc tit.* Tertius effectus est, quod generali formula 3 substituti eaſdem ex substitutione partes consequuntur in bonis pupilli, quas in ipsius patris fam. hæreditate habuerunt, *d.l.8.§.1.in fin.* Ut hic quoque locus sit regulæ traditæ in §.2.*præc.tit.* testatorem eas videri in substitutione partes cuique dedisse, quas in institutione expressit. In substitutione nominatim facta, sive speciali, converso ferè modo hæc se habent. Nam primò necesse non est, ut is, qui nominatim substitutus pupilli hæreditatem vendicat, hæres à patre scriptus sit. Deinde etsi hæres ex parte scriptus est, non eo tamen minus ex substitutione admittitur, quod patris hæreditatem repudiavit, modò utramque nunc amplectatur, nisi sub ea conditione substitutus sit, *§.hæres erit, d.l.8.in pr.iunct.l.10.§.3.eod.* Postremò nominatim substituti, non hæreditarias partes, id est, quæ singulis adscriptę sunt in institutione, sed viriles sive æquales habebunt, per ea quę tradimus *sub §.tit.prac.*

TEXTUS.

8. *Masculo igitur usque ad quatuordecim annos substitui potest: fœminæ usque ad duodecim annos. Et si hoc tempus excesserint, substitutio evanescit.*

NOTÆ.

8. EVANESCIT SUBSTITUTIO] Quamvis longius tempus comprehensum fuerit, *l.14.eod.* quod autẽ evanescit, nec ad causam fideicommissi proficit.

COMMENTARIUS.

1 *Pupillarem substitutionem extingui anno quartodecimo aut duodecimo completo, licet non superato.*

2 *Si longius tempus comprehensum fuerit, an post pubertatem substitutio valeat ture fideicommissi.*

3 *An ad causam fideicommissi trahatur, si demum pubertate substitutio incipiat.*

DIctum suprà est, pupillarem substitutionem introductam esse ex hac causa, quod cum liberi in cæstate essent, ut ipsi sibi testamentum facere

cere non possent, utile atque ex re ipsorum visum fuerit ut parentes eis facerent. Quamobrem cùm ad eam ætatem pervenerunt, qua iam ipsi testari possunt, cessante fine substitutionis, meritò placuit, eam extingui : & alias, quod iniquissimum est, civi Romano puberi testamenti factio auferretur, *l. ex facto 43. hoc tit.*

Vsque ad quatuordecim annos, &c.] Masculi enim anno quartodecimo, fœminæ duobus annis maturius puberes fiunt, *sup. quib. mod. tut. fin.* à qua ætate jam ipsi testamentum facere possunt, *l. 5. qui test. fac.* Ait, *usque ad quatuordecim annos*, quibus verbis significat, omne spatium, quod est intra pubertatem, liberum esse patri ad substituendum filio; finem autem hujus arbitrij esse pubertatem. Quapropter si quis verbi causa ita substituit, *Si filius meus intra decimum annum decesserit*, &c. pupillusque ad eos annos pervenerit, expirat substitutio, licet posteà deceserit intra annum decimumquartum, *l. si ita 21. d. l. ex facto 43. §. 1. eod.* At si in substituendo annos pubertatis egressus sit, finietur nihilominus substitutio pubertate, *l. in pupillari 14. eod.*

Si hoc tempus excesserint] Liberi nimirum, quibus facta est substitutio, masculi annos quotuordecim, fœminæ duodecim : neque enim patitur contextus, ut ad parentes, qui substituerunt, hæc referantur. Quod verò ait, excesserint, id verbum non puto præcisè hic accipiendum esse, quasi non satis sit annum quartumdecimum aut duodecimum complesse, eoque non completo, sed superato demum extingui substitutionem; sed potius explicandum ex ijs locis, ubi ex professo agitur de ætate, qua cives testamentum facere possunt. Atqui ex quo quis incipit testamentū facere posse, finem capere debet hæc substitutio, utpotè quæ hoc uno fundamento nititur, quod ii, quibus sit, sibi non possunt hæredem facere. Aliud tamen D. Viglio visum.

Evanescit] Etiamsi longius tempus comprehensum fuerit, *d. l. 14. hoc tit.* Sed longiore tempore comprehenso, an non saltem post pubertatem substitutio valebit jure fideicommissi? Finge ita factum, *Si filius intra annum vicesimum decesserit, Titius hæres esto.* Ex hac substitutione constat, filio intra pubertatem defuncto directò jure succedi, post id tempus non item. Sed quæritur, an non saltem post pubertatem proficiat ad causam fideicommissi, ut perinde ex eo tempore haberi debeat, ac si filius post pubertatem intra annum vicesimum moriens rogatus esset hæreditatem patris substituto restituere. Communis sententia est, testibus *Zas. c. 5. de subst. compend. Covar. in c. Raynut. de testam. §. 9. n. 29. Ias. in l. precibus C. hoc tit. n. 11.* ejusmodi substitutionem pubertate ita finiri, ut nulla ejus vis amplius superfit. Quæ sententia mihi verissima videtur. Etenim inconveniens omninò est, ut una substitutio diverso jure pro diversitate temporis censeatur, scilicet ut valeat intra pubertatem directò, & bona tam patris, quàm filij, ex quibus una facta est hæreditas, complectatur, post pubertatem jure fideicommissi, & sola patris bona contineat. Nec Iurisconsultus *in d. l. 14.* scribit, substitutionem impuberis, in qua longius pubertate tempus comprehensum est post pubertatem ad fideicommissum trahi, sed pubertate finiri: quod Iustinianus hic expressit verbo significantissimo *evanescere.* Quod si ne illa quidem substitutio, quæ demum à pubertate incipit, jure fideicommissi valet, multò minus ullo jure valere poterit, qua etiam ætas pupillaris comprehenditur: nam ut benè disputant *Mantic. 7. de conj. ult. vol. tit. 3. n. 9. Gomez 1. resol 7. n. 2. Christin. vol. 4. decis. 16. n. 5.* facilius ad fideicommissum trahi potest post pubertatem facta verbis directis in secundum casum substitutio, quàm ea, quæ annos pupillares simul complexa pubertatem certis annis excedit. Sed quoniam ijdem, DD. & cum his comm. interpretes non concedunt, quod nos pro verò & certo assumimus, nimirum ne illam quidē substitutionem, quæ à pubertate incipit hoc modo, *Si filius meus post quartumdecimum annum decesserit*, ad causā fideicommissi proficere, id nobis prius quàm hinc abeamus, probandum est. Non valere quasi fideicommissum, argumento sit *l. si servus legat. 108 §. si servus alienus 9. de legat. 1. l. 9. C. de test. man.* quibus in locis servo alieno directa libertas frustrà dari dicitur. Quod si favor libertatis verbū directum ad fideicommissum non trahit, nulla res omninò trahit. Et cur testatoris voluntatem, quæ contra leges est, adjuvemus, ut benigna interpretatione inducamus fideicommissum, de quo non apparet testatorem cogitasse? Neque enim ut quid valeat jure fideicommissi, sufficit, tale id esse, quod jure fideicommissi valere posset, si testator voluisset, nisi & voluerit, *l. 1. l. 13. §. 1. de jur. cod. l. ex ea scriptura 29. qui test. fac. l. quærebatur 19. de test. mil. l. cohæredi. 41. §. 3. h. tit.* Sed quid opus est argumentis? Papinianus *l. 7. cod.* omnem dubitationē tollit, cùm sic scribit, *Verbis civilibus substitutionem post quartumdecimum annum frustrà fieri convenit*, neque enim frustrà fieri diceret aut rectè diceret, si post id tempus quasi fideicommissum valeret, & verba directa inflecteretur. Non obstat huic sententiæ *l. Scævola 76. ad Trebell.* quoniā quod Scævola ibi respondet, id in casu illic proposito favore pupilli benignè receptum est, ut ipse significat, & tamen simul ex conjectura voluntatis paternæ. Proponitur enim substitutio facta in codicillis : qui locus est obli-

quarum non directarum dispositionum. Proponitur pupillus, cui ita substitutio facta, in ætate pupillari decessisse : atque in hac specie respondet Iurisconsultus benigna interpretatione, placere, ut quod valere non potest, ut testamentum pupilli, valeat saltem quasi codicillus ab intestato ; cumque ratio juris non patiatur, ut ex hac substitutione, hæredem habeat directò, ut habeat saltem ex fideicommisso, postquam patri concessum, legitimum filij hæredem fideicommisso obstringere. Cæterum sustinebitur hoc fideicommissum usque ad tempus pubertatis ; cùm verò pupillus adoleverit, evanesceat, ne, quod propter utilitatem impuberis introductum est, puberi jam facto obsit in libertate testandi, *arg. l. si fundum 92. §. 2. junct. l. quod fideicomm. 93. de leg. 1. l. coheredi 41. §. 3. hoc tit. l. ex facto 43. §. 1. eod. junct. d. l. Scævola.* ita fermè & plerique recentiores. *Cujac. 11. obs. 25. Govean. ad d. l. 7. Paul Bus. ad l. centurio 15. eod. Duar. comm. in hunc tit. c. 16. Vasq. d. l. 1. de succ. progr. §. 1. n. 118. Ant. Fab. 15. comm. 12. & 14. Fachin. 4. cont. 44. add. Menoc. de præsumpt. part 2. lib. 4. tom. 1. præs. 34. & 55. & qua nos sub § seq.*

TEXTUS.

9. Extraneo verò, vel filio puberi hæredi instituto ita substituere nemo potest, ut si hæres extiterit, & intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit hæres : sed hoc solùm permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget alij hæreditatem ejus vel totam vel pro parte restituere : quod jus quale sit, suo loco trademus.

NOTÆ.

9. VEL FILIO PUBERI] *l. 7. eod.* ubi Papinian. scribit, verbis civilibus substitutionem post quartum decimum annum frustrà fieri : ac proinde talis substitutio ne jure quidem fideicommissi valebit : nam quod frustrà fit, nullo genere valere intelligitur.

NEMO POTEST] *Nemo* scil. paganus : nam militi hæc concessa sunt, *l. 5. l. 41. § 4. de test. mil. l. 15. h. t. l. 8. C. eod.* ut & alia quæ in paganis non obtinent, *l. 2. § 1. h. t. l. 15. § pen. de test. mil.*

SUO LOCO TRADEMUS] *inf. hujus lib. tit. 24.*

COMMENTARIUS.

1 *Militum privilegia circa directam substitutionem in casum pupillarem.*

2 *Apud Batavos & plerosq; alios Belgij populos pupillarem substitutionem locum non habere, & an locus sit exemplari.*

QUæ hoc §. traduntur, omnia consequentia sunt ijs, quæ relata sunt initio hujus tit. Nam si parentibus tantùm permissum est, liberis impuberibus, & ijs duntaxat, quos in potestate habent, ita substituere, ut si hæredes extiterint, & intra pubertatem moriantur, alius sit eis hæres ; ex eo omnino efficitur, neque parentes posse ita substituere liberis, quos in potestate non habent, nec si in potestate habeant, & puberes sint. Postremò nec omninò quenquam alium posse vel impuberi extraneo, vel puberi hoc modo substituere, ut si hæres extiterit, & intra aliquod tempus vita decesserit, alius ei hæres sit ; in tantùm, ut nec jure fideicommissi talis substitutio valeat, ut modò probavimus, & hic locus insuper confirmat, cùm dicat Iustinianus, neminem posse extraneo aut filio puberi, in casum quo hæredes futuri sunt, substituere : sed tantùm permissum esse testatori, ut hæredem institutum per fideicommissum obliget, &c. Cur enim requireret expressum fideicommissum, si ipsa directa substitutio in proposito jure fideicommissi defendatur, quod totidem verbis indicare poterat ? ut benè disputat D. Viglius hic, & *Ant. Fab. 15. coni. 12.* contra DD. vulgò, quos sequuntur *Gomez. & Mantic. ubi suprà*, Solis militibus concessum est, ut etiam liberis emancipatis, alijsve extraneis qui hæredes exiterunt, directò substituant : sed hoc jus in his exercetur, quæ à milite ad eum, cui substituit, pervenerunt, non quæ aliunde, *l. 5. l. miles ita §. 4. de testam. mil.* Ejusdem privilegij est, quod miles liberis suis etiam post pubertatem directò substituere potest, sive compendio sive expressa certa post pubertatem ætate ; ut utraque substitutio intra pubertatem valeat jure communi sive directo, *leg. centurio 15. hoc tit.* post eam ætatem ex privilegio militis jure fideicommissi, *l. precibus C. eod.* & bona duntaxat patris contineat cum fructibus inventis in hæreditate, *d. l. 15.* id est, ut rectè *Govean. & Bus. ibid. Perez. ad tit. C. de imp. & al. subst. n. 27. & 28.* cum fructibus pendentibus, & maturis tempore mortis ipsius militis. Nam hi fructus augent hæreditatem *l. 9. ad l. Falc.* ac per consequens in fideicommissariam hæreditatis restitutionem venire oportet : neque ad hos fructus pertinet *leg. in fideicommissaria 18. in pr. ad sen. Treb.* idque etiam crebrius placuit : licet *Anton. Fab. d. loc. Duar. d. comm. c. 23. Hotoman. 1. amicab. 17. Don. in d. l. precibus* contendant, hujusmodi substitutiones à milite factas etiam post pubertatem valere jure directo. Porrò de fideicommissariâ

missaria substitutione tractatur *inf. hujus libri tit. 23.*
Apud Batavos & Zelandos substitutioni pupillari
2 locum non esse, utpotè quæ originem trahit à singulari illa Romanorum in liberos potestate, quæ nobis incognita, tradit *D Grot. lib. 1. manud. ad Batav. Iurisp. c. 6. & lib. 2. cap. 15. in fin.* & secundùm eum judicatum est. De cætero quoque Belgio (excipienda tamen Frisia) idem refert *D Gudelin. lib. 2. de jur. noviss. c. 5 sub fin.* Nam etsi nos quoque potestatem in liberos nostros habemus, non talem tamen habemus, qualem Romani, quæ etiam ad bona liberorum propria se extendat: atque inauditum est, tantam nunc esse patriam potestatem, ut pater filio hæredem dare queat, qui succedat in in universa filij bona, non solùm quæ à patre ipso, sed etiam quæ aliundè accepit, atque adeò dare etiam exhæredato: sed ut mur substitutione fideicommissaria. Ijdem quoque tradunt, pari ratione mores hodiernos nec quasi pupillarem substitutionem agnoscere, inauditumque esse, patrem filio mente capto ea substitutione, quam ad exemplum pupillaris Iustinianus introduxit, testamentum facere, eique dare hæredem *Grot. & Gudelin. ubi sup. Groenevv. de leg. abr. hic.* Cæterùm hoc non obstante nuper Curia Hollandiæ hujusmodi testamentum rescindere noluit, eo quod, ut allegabatur, exemplaris substitutio neque libera sit, nec à vi patriæ potestatis, ut superior illa, pendeat, sed in sola humanitate fundata sit: idemque matri & avo materno hic concessum, quod patri, nec patri minus circa liberos emancipatos, quàm in potestate constitutos, *vid. sup. §. 1. eod.* Quanquam mores nostri totum hoc adversari videntur, dare alij, quantumvis filio, hæredem: & admissa exemplari substitutione in liberis mente captis, ex ratione constitutionis Iustiniani eadem porrigenda erit etiam ad liberos impuberes, etiamsi sanæ mentis sint, per ea, quæ *d. §. 1. n. 3.* Curiam tamen pro testamento pronuntiasse, posteà intellexi. Sed & gentis nostræ simplicitati conveniens esse multi existimant, ut substitutiones directis verbis in secundum casum factæ, putà si hæredi instituto, & in casum, *si hæres erit*, & intra certum tempus decesserit, alius directò substituatur, valeant jure fideicommissi, quasi factæ in codicillis, *arg. l. Scævola 76. ad sen. Trebell.* ex exemplo substitutionum militarium, *l. centurio 5. ff. junct. l. precibus 8. C. hoc tit.* Gudelini *lib. 2. de jur. noviss. c. 5.* Cyprian. *cens. Belg. hic* Groenevv. *tract. de legib. abrog. eod.*

TITULUS XVII.

Quibus modis Testamenta infirmantur,

Ratio ordinis.

EXPOSITA sunt ea omnia, quæ ad constitutionem testamenti necessaria diximus initio tractatus de testamentis ordinandis. Sunt autem hæc tria; ut persona testantis talis sit, quæ testamenti factionem habeat; ut testamentum fiat adhibitis solemnitatibus tum communibus & externis, videlicet præsentibus septem testibus idoneis, &c. tum internis & quorundam testatorum proprijs, scilicet ut pater testaturus liberos, quos in potestate habet, hæredes instituat, aut nominatim exhæredet. His rebus aut una earum deficientibus testamentum ab initio nullum est, *l. 1. de injust. rupt. irr. fact. test.* Ubi autem hæc omnia concurrunt, habemus id, quod hactenus quæsitum est, justum sive jure factum testamentum, *l. 4. qui test. fac.* Quia verò non satis est ad defendendam ex testamento hæreditatem, id ab initio justum esse, nisi & tale ad extremum perseveret, rectè atque ordine Imperator facit, quòd prius nobis proponat modos, quibus testamenta ritè facta infirmantur, quàm progrediatur, ad disputationem de acquirenda vel omittenda hæreditate.

TEXTUS.

Testamentum jure factum usque eo valet donec rumpatur irritúmve fiat.

NOTÆ.

DONEC RUMPATUR AUT IRRITUM] *Rumpi & irritum fieri* privationem significant, & ideò propriè non nisi de ijs, quæ jure subsistunt prædicantur, *l. 5. hoc tit. de iniust. rupto*, &c. privatio enim, ut in scholijs dicitur, præsupponit habitum. Quæ verò testamenta non jure facta sunt, injusta & nulla dicuntur, veluti ubi solemnia desunt, aut filius in potestate præteritus est, *leg. 1. l. 3. §. 4. l. 6. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

Donec rumpatur irritúmve fiat] Ratio infirmandi testamenti non una est: nam & sententia judicis rescinditur, si querela instituta inofficiosum pronuntiatum fuerit, de quo *tit seq.* & à prætore

prætore data bonorum possessione contrà tabulas, *tit. de bon. poss. cont. tab.* & citra factum judicis aut prætoris infirmatur sola potestate juris: idque iterum duobus, iisque discretis modis, quorum altero rumpi dicitur, altero irritum fieri. De testamento rupto disputatur usque ad §. 4. inde de irrito adjectis in calce aliquot declarationibus. Quia verò Iustinianus rem totam non plenè explicat, nos operam dabimus, ut quicquid hujus rei est, penitus percipi possit ex nostra in singulos hujus *tit.* §§. explicatione. De bonorum possessione contrà tabulas, qua & ipsa jure prætorio testamentum rescinditur, demum dicemus in secunda specie acquisitionis per universitatem, *inf. lib. 3. tit. 10.*

TEXTUS.

1. *Rumpitur autem testamentum, cùm in eodem statu manente testatore ipsius testamenti jus vitiatur. Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium per Imperatorem eum, qui est sui juris, aut per prætorem, secundùm nostram constitutionem, eum, qui in potestate parentis fuerit, testamentum ejus rumpitur quasi adgnatione sui hæredis.*

COMMENTARIUS

Cvm in eodem statu manente testatore] Totiens rumpi testamentum dicitur, quotiens evertitur manente testatore in eodē statu: cùm verò statum mutat, id est, capite minuitur, non rumpi, sed irritum fieri testamentum propriè dicitur, §. 4. *inf. eod.* Apparet igitur, *in eodem statu* hic dici oppositivè respectu ejus modi, quo testamentum infirmatur ob id, quod testator in eodem statu non mansit: quare expungenda est è paraphrasi Theophili negatio: & pro μὴ μένων legendum μένων ἐπὶ τῆς αὐτῆς καταστάσεως: quomodo & in duobus regijs codicibus legi testatur Fabrotus. Porrò ut testatoris statu non mutato testamentum infirmetur, uno verbo, ut rumpatur bifariam contingit, agnatione sui hæredis, & mutatione volūtatis: ille modus hoc §. alter sequenti, uno uterq; exemplo declaratur.

Adoptaverit sibi filium per Imperatorem] Id est, adrogaverit: est enim periphrasis adrogationis, quæ species adoptionis est; per quam interveniente Principis auctoritate eum in filium adsciscimus, qui sui juris est. Stante repub. populum auctorem fieri necesse erat, ut annotatum est, *lib. 1. tit. de adopt.*

Secundùm nostram constitutionem] *L. pen. C. de adopt. vide sup. §. 2. eod.* qua disponit, ut si filius extraneæ personæ in adoptionem daretur, jura patris naturalis integra servarentur: si verò persona non extranea, putà avus, nepotem ex filia aut filio emancipato in adoptionem acciperet, solvi jus patris naturalis, & transire adoptatum in potestatem & familiam hujus patris adoptivi. Significat igitur, hoc casu per adoptionem testamentum rumpi, quasi agnatione sui hæredis; illo non item: cùm olim indistinctè quavis adoptione, sicuti adrogatione, rumperetur, *l. 8. de iniust. rupt. test.* Cæterum hi ita rumpunt, si præteriti sint: nam si qui hæres antea institutus erat, posteà à testatore adrogetur vel adoptetur, potest dici, ei satisfactum esse, *l. si quis 18. eod tit. l. filio 23. §. 1. de lib. & posthum.* Quid si exhæredatus sit? Et Ulpianus Marcelli & Papiniani sententiam probat, ut exhæredatio extraneo scripta ei posteà adoptato non noceat, noceat autem filio emancipato, qui posteà adrogatus sit, *l. 8. §. si quis 7. & seq cont. tab. d. l. 23. in pr. de lib. & posth.* credo quia in persona extranei exhæredatio inepta & nulla est, de quo consule Vigl.

Quasi agnatione sui hæredis] *L. verum 8. de iniust. rupt.* multoque certius sui hæredis agnatione vera & naturali, cum scilicet post testamentū factum testatori filius ex uxore nascitur, *l. 3. §. 1. de iniust. rupt.* Similiter si nepos, qui tempore testamenti facti suus hæres avo non erat, patre remoto in locum sui hæredis vivo avo successerit, quasi agnascendo testamentum avi, quo præteritus est, rumpit, *l. posthumorum 13 d. tit.* quæ species fortè hic ideo non reperuntur, quia alibi propositæ sunt, §. 1. & 2. *sup. de exhæred. lib.* Huc etiam pertinent liberi naturales susceptī ex concubina, & post factum testamentum legitimati, sive insequenti matrimonio sive curiæ oblatione sive per rescriptum Principis. Nam cùm hi etiam jura suorum hæredum consequantur, §. 2. *inf. de hær quæ ab int. Nov. 89. cap. 8. & 9.* necesse est, ut & ipsi à patre præteriti testamentum rumpant quasi agnatione.

TEXTUS.

2. *Posteriore quoq; testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur: nec interest, extiterit aliquis hæres ex eo, an non. Hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoq; si quis aut noluerit hæres esse, aut vivo testatore, aut post mortē ejus, antequam hæreditatem adiret, decesserit, aut conditione, sub qua hæres institutus*

stitutus est, defectus sit: in his casibus paterfam. intestatus moritur. Nam & prius testamentum non valet, ruptum à posteriore; & posterius aquè nullas vires habet, cùm ex eo nemo hæres extiterit.

NOTÆ.

2. SUPERIUS RUMPITUR] Etiamsi nominatim non revocetur, *l. 1. l. 2. eod. l. 27. C. de testam.* ea quippè voluntas rata esse debet, quæ novissima, *l. 4. de adim. leg.* sic etiam leges posteriores & pacta novissima derogant prioribus. Rumpitur quoque testamentum corruptis tabulis, putà deletis incisis, cancellatis, &c. *l. ult. h. t. l. 1. §. pen. §. 2. sec. tab.*

AUT CONDITIONE DEFECTUS] Etenim tam solemne riteque per omnia factum testamentum habetur, quo hæres institutus est sub conditione, quàm quo purè, §. 9. *sup. de hær. inst.*

COMMENTARIUS.

1 *Vis & effectus incisionis testamenti, deletionis scriptura, cancellationis, &c.*

2 *Inciso deleto, cancellato &c. testamento, utrùm hæreditas fisco applicetur, an deferatur hæredibus legitimis.*

3 *An jura de incisione, inductione &c. agentia accommodari debeant & ad testamenta nuncupativa, de quibus instrumentum conficitur, ut nunc moris est.*

4 *Cur prius testamentum etiam tabulis manentibus integris semper rumpatur à posteriore.*

5 *Ad infirmandum prius testamentum necesse non esse, ut id in posteriore nominatim revocetur.*

6 *Error Bachovij notatur & corrigitur.*

7 *Quid si prius testamentum contineat clausulam derogatoriam posterioris voluntatis.*

8 *Prius testamentum per posterius tolli, etiamsi ex posteriore nemo hæres extiterit.*

9 *Quibus modis fiat, ut hæres deficiat, & testamentum destituatur.*

SEcundus modus, quo testamentum initio ritè factum posteà rumpitur, est mutatio voluntatis testatoris. Hic modus iterùm duplex est: nam & corruptis tabulis ita rumpitur, & integris manentibus. Corruptis, si testator testamentum inciderit, laceraverit, scripturam induxerit, deleverit, cancellaverit, signa amoverit aut turbaverit, *tit. de his qua in testam. delent. l. ult. de inoff. rupt. test. l. ad testium, 22. §. 3 qui test. fac. l. 1. §. pen. l. pen. §. 2. de bon. poss. sec. tab. leg. 12. l. pen. C. de testament.* nisi fortè non consulto, sed incautè quid horum fecerit, aut ignorante eo contigerit: nam tunc si legi adhuc, quod scriptum est, utcumque poterit, ratum manebit testamentum, *l. 1. de his qua in test. del. d. l. pen. C. de test.* Planè inductio aut cancellatio non ultrà operabitur, quàm scriptura inducta aut cancellata est, *l. 2. & 3. d. tit. de his qua in test del.* Neque ex pluribus testamenti codicibus uno deleto aut inciso testamentum sublatum esse intelligitur, nisi hi, qui ab intestato venire desiderant, probaverint, id ideò à paterfa. factum esse, ut intestatus moreretur, *l. ult. eod. tit.* 2 His autem modis testamento rupto, hæreditas nō applicabitur fisco, sed deferetur hæredibus ab intestato, *d. l. pen. C. de testam. l. 1. §. pen. unde liberi, l. ult. de his qua in test. del.* nisi speciali odio hæredum inductio facta probetur, quo in casu tanquam ab indignis hæreditatem fiscus aufert, *l. 3. d. tit. l. cum tabulis, 16. §. 1. de his ut indign. Clar. §. testam. qu. 93. n. 2. Mantic. de conject. ult. vol. lib. 12. tit. 1. n. 31. Paul. Buf. ad l. 1. & seqq. de his qua ut indign.* Quæ de incisione aut cancellatione testamenti dicuntur, ea constat ad testamenta nuncupativa, qua talia sunt, applicari non posse. Sed an his modis item rumpantur, quæ, uti hodie moris est, per nuncupationem quidem fiunt, sed ita ut voluntas suprema jussu testatoris scripto comprehendatur à Notario in scheda, unde mox diligentiùs exscribatur & in formam redigatur instrumenti, quæsitum est, Iulius Clarus, *d. loc.* existimat, incisionem aut cassationem & annullationem talis testamenti non sufficere, si protocollum notarij integrum relictum sit; quod & Viglio placere videtur, *in §. pen. h. t.* cùm ait, non minus talia testamenta ex verbis & voce substantiam capere, quàm quæ scripta non sunt. & ideò discerptis scripturis nihilominùs permanere: cujus auctoritatem Senatus hujus provinciæ in judicando aliquando secutus est, *decis. Cur. Holl. 1.* eandemque sententiam & Peckius probat. *lib. 1. de test. conjug. cap. 4.* Sed videamus, an non & hæc testamenta in hoc, de quo quærimus, jure scriptorum censenda sint, cùm *Paul Castrens. in l. pen. C. de testam. n. 7. Vasq. lib. 2. de succes. creat. requi. 8. n. 62. & requi. 17. n. 63. Graff. §. testamentum, quæst. 85. n. 2. Bachov. in Treutl. vol. 2. disput. 10. thes. 7.* Utique enim ex incisione aut deletione certo colligitur, testatorem noluisse testamentum amplius valere: neque ratio patitur, ut destructo deletóve instrumento, in quo tota vis probationis consistit, dicamus, testamentum nihilominus robur suum retinere. Sciendum namque est, postquàm ex voluntate testatoris, quæ schedula continebantur, in instrumentum collata sunt, simul omnem illius vim in in-

strumentum collatam censeri; ac proinde, cessante jam officio schedulæ, totam vim depositionis à solo instrumento dependere, adeò ut mortuo testatore nihil ampliùs ad probationem ultimæ voluntatis desideretur, uti post *Gloss. & Bart. in l. heredes, 21. de testam.* plerique tradiderunt. *Sichard. in l. hac consultissima, 21. §. per nuncupationem, n. 1. C. eod. Mantic. de coni. ult. vol. lib. 1. tit. 6. n. 6. Afflict. decis. 166. n. 2.* Neque obstat huic sententiæ, *l. ult. de his quæ in testam. del.* quoniam textus ille procedit, quando ex pluribus unius testamenti instrumentis æquè principalibus unum fortè testator delevit aut incidit, non omnia, uti species proponitur, & in terminis respondet *Castr. ubi sup.* Etsi autem protocollum notarij integrum relictum sit, ex eo tamen voluntas ultima conservata intelligi non debet: quoniam protocollum nihil ad testatorem, sed notarius ex officio illud conficere tenetur fidei & collationis gratia, & quia instrumentum amitti potest. Cæterum priorem sententiam & Senatus Sabaudiæ probavit. *Ant. Fab. Cod. suo, de testament. decis ult.* Integris tabulis manentibus testamentum rumpitur ob mutationem voluntatis, si testator aliud testamentum fecerit: qui modus proponitur hoc §. & hanc rationem habet, quod unumquodq; testamentum plenam universi juris successionem continet: ac proinde quicunque testamentum facit, censetur de omnibus bonis disponere, ut non magis duo testamenta simul consistere possint, quàm duo domini ejusdem rei in solidum constitui. Igitur cùm ex pluribus testamentis unum tantùm consistere possit, id valere debet ex voluntate ipsius defuncti, quod novissimè factum est, per vulgata. Non obstat, quod sententia judicis prima, non postrema, rata habetur: non enim ut testantis voluntas ambulatoria est, ita & judicis: sed judex simul ac sententiam dixit, officio suo functus est; & ideò iterùm de eadem re pronuntiandi potestatem non habet, *l. judex, 55. de re jud.* Planè ut priores tabulæ jure factæ rollantur, oportet sequentes quoque jure ordinatas & perfectas esse, de quo plenius, *jub. §. pen. inf eod.*

Superiùs rumpitur] *L. 1 l. 2. de iniust. rupt. test.* & quidem ob hoc solùm, quod aliud testamentum posteà factum est, quod Justinianus significat, *l. sanctimus, 27. C. de testam.* cùm ait, secundo testamento perfectò priùs tolli ipso jure. Non est igitur necesse, ut posteriore testamento mentio fiat prioris, nominatimve id revocetur, quod ipsius etiam rei natura satis demonstrat: ac proinde supervacua est notariorum clausula, quam posterioribus tabulis inserere solent, nimirum testatorem revocare, cassare & annullare testamenta anteà à se facta. His autem consequens est, & codicillos, si qui facti fuerint, per posterius testamentum everti, quamvis expressè revocati non sint: cùm enim testamento facto codicilli jus ejus sequantur, eo infirmato simul concidant necesse est, *l. 3. §. ult. l. ab. intestato, 16. de iur. cod. l. 1. C. eod tit.* Quamobrem non rectè Bachovius scribit, generalem clausulam, qua revocatur omnis præcedens dispositio, supervacuam quidem esse, quod attinet ad infirmationem prioris testamenti, cùm id hoc ipso, quod aliud conditum est, evertatur: non autem quoad codicillos anteà factos: quippè qui alias cum testamento consisterent. Hoc enim falsum esse, & sublato priore testamento per consequentiam etiam codicillos corruere, etiamsi nulla revocatio prioris voluntatis facta sit, ex locis modò allegatis perspicuè patet. Planè si nullum testamentum, sed codicilli tantùm anteà facti proponantur, testamento posteà facto hujusce modi clausula otiosa non erit, postquàm placuit, codicillos, qui testamentum præcedunt; facto posteà testamento vim suam non amittere, nisi appareat, testatorem à voluntate, quam in codicillos expresserat, recessisse, §. 1 *inf. de codicill.* Et fortassis hoc etiam sensit Bachovius. Sed quid si prius testamentum contineat clausulam derogatoriam posterioris voluntatis? Interpretes comm. censent, prius testamentum habens talem clausulam per posterius, quantumvis numeris omnibus absolutum, non tolli; ac ne tunc quidem, quando posterius continet revocationem generalem præcedentium omnium dispositionum: sed omninò ad infirmationem primi testamenti derogatorij necessarium esse, ut illius specialis mentio & expressa revocatio fiat in secundo, per *l. si quis, 22. de legat. 3. Gomez. ad l. Tauri, 3, n. 92. Covar. de test. p. 2. rubr. n. 5. Vasq de succes. reg. lib. 1. §. 1. num. 29. & seqq. Clar. d. §. testam. q. 99. Mantic. de coni. ult. vol. lib. 12. tit. 8. Peck. 1. de testam. coniug. c. 10. Graff. §. testam. qu. 86. & seq Iac. Vervvey art. test. c. 13.* Quæ sententia rationi juris parum convenire videtur, *arg. l. 6. §. 2. de iur. cod. l. ult. in pr. de legat. 2. d. l. 22. de legat. 3. l. 4. de adim. legat. cum simil.* Notatur à *Cuiac. t. 14. obs. 7. Ant. Merend. lib. 4. contr. cap. 49.* Ant. Faber eam numerat inter gravissimos errores, quos antiqui Glossatores invexerunt, *dec. 37. err. 7. & seq & seqq. & dec. 38. err. 1. & dec. seq.* In foro tamen recepta ac præjudiciis supremorum tribunalium comprobata est, *Guid. Pap. q. 127 Papon. lib. 2. tit. de testam. arrest. 4. & 5. Ant. Fab. Cod. suo, tit. de test. defin. 9 & seqq. Ioan. à Sande, lib 4. tit. 1. defin. 10.* Nec deest color, quo tegi possit, *Grot. 2. manuduct. cap. 24.*

Nec interest, extiterit aliquis heres ex eo &c.] Quæ sequuntur, continent ampliationem quandam

dam regulæ initio positæ, nimirum prius testamentum tolli per posterius, non tantùm cùm ex posteriore hæres extiterit, sed etiam eo destituto, *l. 1. §. 16. de iniust. rupt. test. l. 9. de lib. & posth.* Quod hanc rationem habet, quod aditio hæreditatis ad substantiam aut perfectionem testamenti, quæ sola hic requiritur, non pertinet, nec prioris testamenti sublatio pendet ab eventu aliquo, aut casu contingente post mortem testatoris, sed illud statim vivo adhuc testatore, ipso jure per posterius rumpitur; ut proinde si posteriores tabulæ jure ordinatæ sint, ut ex iis hæreditas adiri potuerit, etiamsi contingat, ex iis hæreditatem non adiri, priores tamen tabulæ, utpotè semel ruptæ, non restituantur. Pari ratione, si posthumus priori testamento institutus, vel exhæredatus sit, posteriore præteritus, & nato posthumo posterius rumpatur, nihilo magis restituetur prius: quod exemplum hic profert Bachovius.

Si quis aut noluerit, &c.] Enumeratio modorum, quibus fit, ut hæres deficiat, & testamentum destituatur. Id fit in summa dupliciter, vel quia hæres scriptus non vult hæres esse, repudiatque hæreditatem; vel quia hæres esse non potest: quod contingit, si vel decesserit vivo adhuc testatore, aut post mortem ejus, antequàm hæreditatem adiret, neque enim hæreditas non adita ad instituti hæredes transmittitur, exceptis personis comprehensis, *l. un. C. de his qui ant. ap tab. l. un. & novissimo, 5. C. de cad. toll.*) vel quia conditio, sub qua hæres institutus erat, defecit. Hinc autem apparet, priùs testamentum non eo minus rumpi per posterius, quod in priore hæres purè, in posteriore sub conditione scriptus est, quamvis in uno eodemque testamento subjecta puræ institutioni conditio nihil operetur, *l. si te, 27. §. 1. de her. inst.* Etenim tam solemne riteque per omnia factum habetur testamentum, quo hæres institutus est sub conditione, quàm quo purè, *§. hæres 9 sup. de her. inst.* pendetque hoc totum à sola voluntate testatoris. Contractus verò puros per conditionales non resolvi, mirum non est, veluti si id quod purè emi, rursus emam sub conditione: nam posteriore emptione ideò nihil agitur, quia jam mihi quæsita est actio ex emptione priore, *l. 7. in pr. de resc. vend.*

His casibus pater fam. intestatus moritur] Id est, exitum intestati facit, res redit ad causam intestati: nemine enim hæreditatem adeunte vis omnis testamenti solvitur, ut adeò nihil interfit, utrùm aliquis testatus non sit, an hærede destituatur, *l. si quem, 181. de reg. iur.* Sed de hoc ex professo, *inf. ut. de her. qua ab int. def. in pr.*

TEXTUS.

3. *Sed & si priore testamento jure perfecto posterius æquè jure fecerit; etiamsi ex certis rebus in eo hæredem instituerit: superius testamentum sublatum esse, divi Severus & Antoninus Augusti rescripserunt: cujus constitutionis verba & hic inseri jussimus, quum aliud quoque prætereà in ea constitutione expressum sit.* Imperatores Severus & Antoninus Augusti Coccio Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum hæres scriptus sit, perinde jure valere, ac si rerum mentio facta non esset: sed & teneri hæredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hæreditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta fideicommissi verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet. *Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur.*

NOTÆ.

SED SI QUIS] Ex Marciano, *l. 29. D. ad SC. Trebell.*

EX CERTIS REBUS] Nam non minus rectè instituitur hæres ex re certa, putà ex fundo, quàm ex parte hæreditatis, *l. 1. §. 4. l. 9 §. 13. l. 10. de her. inst.*

AC SI RERUM MENTIO FACTA NON ESSET] Rei enim mentio potestate juris detrahitur, *dd. ll.* quia contradictionem implicat hæredem esse rei singularis: itaque universa bona obtinebit, nisi cohæredem simpliciter aut ex parte scriptum acceperit, tunc enim legatarij loco est, *l. 41. in fin. de vulg. & pup. l. 13. C. de her. inst.*

UT VALERET PRIUS TESTAMENTUM] Hæc clausula cùm hoc efficere nequeat, ut prius testamentum in suo robore duret, & ita duo sint unius testatoris testamenta, sic accepta est, quasi vim prioris testamenti in causam fideicommissi & codicillorum convertere testator voluerit, *l. 19. de testam. mil.*

COMMENTARIUS.

1 *Appellatione quartæ Falcidiæ veteres passim quartam Senatusconsulti intelligere.*

2 *Fideicommissa quandoque induci & sive verbis fideicommissorum proprijs ex voluntate testatoris.*

3 *Doctrinam hujus §. ad testamenta militum non pertinere; uti nec superioris.*

Etiamsi ex certis rebus] Alia ampliatio præcedentis doctrinæ ex Mæciano, *l. si quis, 29. ad sen. Treb.* descripta; qua docemur, testamentum priùs rumpi, per id, quod secundo loco factum est, etiam tunc cùm in posterioribus tabulis hæres ex certis rebus, aut una aliqua re singulari, veluti fundo, institutus est: idque efficitur certissima juris ratione: nam non minùs rectè instituitur hæres ex re certa, quàm simpliciter, aut ex parte hæreditatis; placetque hujusmodi institutionem valere perinde ac si rei mentio facta non esset, ut si quis solus ita institutus sit, is omnium bonorum hæreditatem consequatur, *l. 1. §. 4. de hær. instit. l. coheredi, 41. in fin. de vulg. & pup.* Cùm igitur tale testamentum jure consistat, necesse est, ut si secundo testamento hæres certæ rei scriptus fuerit, priùs rumpatur juxta regulam.

At si rerum mentio facta non esset] Si quis ex re certa hæres institutus sit, valet institutio, non ut ex ea re hæres fiat, nam hæredem esse rei singularis contradictionem implicat, cùm hæres sine universitate bonorum intelligi non possit: sed ut rei mentione potestate juris detracta perinde habeatur, quasi simpliciter hæres scriptus esset, *l. 1. §. si ex fundo, 4. l. 9 §. si duo, 13. l. 10. de hær. inst.* & proinde nisi cohæredem habeat, universam hæreditatem obtinebit, *l. coheredi, 41. in fin. de vulg. & pup.* Vide quæ scripsimus, *sup. §. hæreditas. 5. & §. & si plures, 8. sup. de hær. inst.*

Suppleta quarta ex lege Falcidia] Id est, ex Senatusconsulto Pegasiano, quo quartæ ex fideicommisso hæreditatis retentio, aut suppletio, si minùs relictum est, qui casus hic proponitur, permissa est, aut potius juxta mentem Iustiniani, ex Senatusconsulto Trebelliano: postquàm Pegasianum abolitum, & vis eius omnis in Trebellianū translata est, § *sed quia, 7. inf. de fideicom. hær.* Familiare
1 autem & perpetuum veteribus est, ut etiam eam quartā, quæ ex Senatusconsulto deducitur, quartam Falcidiæ appellent, uti videre est in *l. ratione, 30 §. tamen, 7. l. Titia, 86. l. acceptis, 93. ad leg. Falc. l. mulier, 22. § 2. l. deducta 58 §. 3. ad sen. Treb. l. 2. in fin. de jur. cod. l. 10. C. ad leg. Falc cum simil.* Quamobrem nescio quid sibi velit Pacius, in margine lectorem monens, ne quartam Falcidiæ hoc loco pro quarta Trebelliani positam somniet. Quin illa potius somniculosi hominis monitio est. In analysi sua cautior fuit.

Quibus ut valeret priùs testamentum] Propter hanc clausulam potissimum verba constitutionis Severi & Antonini jussu Iustiniani hic inserta sunt. Certi juris est, posse testatorē ab eo quem hæredem instituit, fideicommissum relinquere, eumque rogare, ut hæreditatem alteri restituat: proinde etsi
2 quis in re certa institutus est, quia valet institutio, etiam fideicommissum hæreditatis utiliter ab eo relinquetur. Ut autem fideicommissum utiliter relictum intelligatur, non præcisè requirimus expressionem verborū, quæ fideicommissorum propria sunt, ut, *peto, volo, rogo, fidei tuæ committo*; sed plerumq; etiam sine his verbis admittitur ex sententia & voluntate testatoris, *l. ubi 19. §. 1. ad sen. Treb.* quod etiam accidit in proposito, cùm testator posteriore testamento cavet, ut priùs quoque testamentum valeat: desunt enim hic verba fideicommissi, sed optima ratione ex eo quod cautum est, colligitur. Voluit testator cùm secundum testamentū ordinaret, priùs nihilominus valere. Id inutiliter hactenus cavetur, ut ad hæredes priore testamento scriptos directò hæreditas perveniat, ne duo sint testamenta ejusdē testatoris: sed ut manifesta voluntas defuncti, quoad per jus licet conservaretur, verba directa istius clausulæ ad causam fideicommissi tracta sunt, & benignè sic accepta, quasi hæres posteriore testamēto scriptus, rogatus esset hæreditatem restituere his, qui scripti sunt in priore. Doctrina hujus & superioris §. ut hoc in transitu moneam, ad testamenta militū non pertinet. Nam militi licet plura testamenta facere; sive simul, sive separatim: nec priùs per posterius rumpitur, si hoc animo miles fuerit, ut utrumq; valeret. Quamobrem si in posteriore testamento expresse caverit, ut prius quoque valeat, per hoc
3 efficitur, ut duo sint testamenta, & tam priore quàm posterior voluntas valeat jure directæ institutionis: sed si posteriore testamento verbis precariis usus fidei hæredis commiserit, ut priores tabulæ valerent, in causam fideicommissi & codicillorum vim prioris testamentis intelligitur convertisse, *l. quærebatur, 19. de testam mil.*

TEXTUS.

4. *Alio autem modo testamenta jure facta infirmantur, veluti cùm is, qui fecit testamentum, capite deminutus sit: quod quibus modis accidat, primo libro retulimus.*

Nota

NOTÆ.

4. CAPITE DEMINUTUS] *l. 6. §. 5. & seqq. h. t.* Ulp. *tit. 23. §. 3. l. 8. §. 3. de jur. cod.* Vide infrà in comment.

COMMENTARIUS.

HActenus de primo modo infirmandi testamenti ipso jure, quo scilicet infirmatur salvo statu testatoris, & rumpi in specie dicitur. Sequitur alter, quo infirmatur statu testatoris mutato; qua mutatione superveniente in usu juris propriè dicitur irritum fieri, *l. 6. §. irritum, 5. l. 12. in fin. pr. de injust. rupt. test.*

Capite deminutus] Nec interest, qualis capitis deminutio intervenerit: omnibus enim modis capitis deminutionis status hominis mutatur, *sup. de cap. dem. lib. 1.* & testamentum non est, nisi hominis liberi, civis Romani, & patrisfam. quæ tria duobus temporibus in testatore requiruntur, testamenti facti & mortis, *§ non tamen, 6. inf. eod.* Si verò quid posteà supervenerit, quod statum & conditionem personæ testatoris non mutet, veluti si post testamentum factum in furorem inciderit, aut bonis ei interdictum fuerit, aliud juris est, & testamentum ratum manet. De quo actum *sup. tit. quib. non est perm. fac. test.* Et primùm igitur irritum fit testamentum capitis deminutione maxima, quia per eam testator in servitutem redigitur. *d. l. 6. §. irritum.* Excipitur tamen quod factum est ab eo, qui ab hostibus captus est, antè captivitatem: quippè quod juris postliminii aut legis Corneliæ commento sustinetur, *d. l. 6. §. pen. l. 12. qui test. fac. §. ult. sup. quib. non est perm. fac. test.* ibi latiùs hoc explicatur. Secundò capitis deminutione media, putà si testator in insulam deportatus sit; quoniam hoc modo è numero civium Romanorum tollitur, & ea omnia, quæ juris civilis sunt, amittit. *§. 1. sup. quib. mod. ius pat. pot. solv. l. sunt quidam, 17. §. 1. de pœn.* Quod autem Iurisconsultus, *d. l. 6. §. eius 7.* ait, testamentum ejus, qui deportatur, non statim irritum fieri, sed tunc demum, cum factum Princeps comprobavit, id explicandum ex *l. 2. §. 1. de pœn. l. 6. de interd. & releg.* atque ad præsidem referendum est, qui jus deportandi non habet: proconsul enim & præfectus urbi habent, *dd. ll.* Postremò & minima capitis deminutione testatoris testamentum ejus irritum fit, putà si se adrogandum dederit, *l. pen. §. 2. de bon. poss. sec. tab. § non tamen, 6. inf. hoc tit.* quoniam filiusfam. nec facere testamentum, nec tum testamento decedere potest. An autem emancipatione filijfam. veterani testamentum, de bonis castrensibus factum, irritum fiat, quod negat Iurisconsultus, *d. l. 6. §. ult.* alibi tractatum est, *§. denique, sup. de mil. test.* Atque hic casus à testatore venit. Est & alius, qui venit ab hærede, quo & ipso superveniente testamentum irritum fieri dicitur, scilicet si ex testamento nemo hæres extiterit: defectu enim hæredis etiam irritum dicitur fieri testamentum, *l. 1. de iniust rupt. irrit. fact. test. l. filium, 20. de bon. poss. cont. tab. & in fragm. Vlp. tit. 23. §. 3.* & rectè quidem: nam in hæredis aditione atque existentia consistit vis omnis atque effectus testamenti. Cæterum sæpius hoc casu testamentum dicitur destitui aut deseri, *§. cùm autem, 7. & seq. de her. quæ ab int. l. 9. §. 2. de lib. & posth. l. ult. de cond. inst.* Nonnunquam etiam distinguitur hic casus à testamento irrito facto, restricto scilicet irriti vocabulo ad ea testamenta, quæ infirmantur statu testatoris mutato, *l. 1. in pr. de suis & legit. her. inf. de her. quæ ab int. in pr.* Nec videtur hic modus proprius esse hujus loci, in quo id solum quæritur, an idoneum sit testamentum ad deferendam hæreditatem. Rarò etiam hodie contingit, ut testamentum destituatur, postquàm Iustinianus aliis etiam personis potestatè adeundi fecit. *Nov. 1. cap. 1.* de quo *D. Grot. lib. 1. manuduct. cap. 24. vers. 300. vvanneer.*

TEXTUS.

§. Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, quum alioqui & quæ rumpuntur, irrita fiant, & ea, quæ statim ab initio non jure fiunt, irrita sint. Sed & ea, quæ jure facta sunt, & posteà per capitis deminutionẽ irrita fiunt, possumus nihilominùs rupta dicere. Sed quia sanè commodius erat, singulas causas singulis appellationibus distingui: ideò quædam non jure facta dicuntur, quædam jure facta rumpi vel irrita fieri.

NOTÆ.

5. HOC CASU IRRITA] Etiam irritum fieri testamentum dicitur, si ex eo nemo hæres extiterit, *l. 1. h. t. l. 20. cont. tal.* Ulp. *d. loc.*

QUÆ RUMPUNTUR, IRRITA FIANT] Sic in *l. 3. in fin. l. 4. de his quæ in test. del.* testamentum dicitur irritum fieri, cujus tabulæ incisæ aut inductæ. Sed rarissimè hæc nostri confundunt.

COMMENTARIUS.

NOn est novum in artibus & præsertim in hac nostra disciplina, ut verba, quæ vi sua

generalia sunt, doctrinæ & distinctionis causa contrahantur ad significandam certam speciem, quo magis singulæ res singulis verbis ad certam speciem traductis intelligantur. Ut hic ostenditur exemplo rupti & irriti facti testamenti. Sic adoptio, cognatio, pactio, contractus, actio, &c. nomina sunt, quæ per se generalem significationem habent: sæpè tamen his certa species ex instituto loquentis denotatur; quod tunc maximè fit, cùm junguntur nominibus cognatæ significationis.

Et quæ rumpuntur, irrita fiant] Rarissimè autem hæc à nostris confunduntur: quanquam tamen aliquando. Ita non attenta hac distinctione usuve speciali horum verborum, irritum testamentum fieri dicitur, cujus tabulæ inciſæ aut inductæ sunt, *l. 3. circa fin. l. ult. de his quæ in test. del. l. in fraudem*, 15. §. 1. *de test. mil.* quo tamen casu testamentum propriè rumpi dicitur, si specialem verborum significationem spectamus.

Quæ ab initio non iure fiunt, irrita sint.] Testamentum, quod ab initio non jure factum est, injustum nostri appellant, ut apparet ex inscriptione, & *l. 1. tit. de iniust. rupt. irrit. fact. test.* Hoc rectè quidem & irritum dici potest, at ruptum nequaquam. Et notandum quoque, quod ait, quæ ab initio non jure fiunt, irrita esse, non irrita fieri: nam irrita esse ea rectè dicimus, quæ nunquam constiterunt; irrita fieri, ut & rumpi, ea demum, quæ cùm antè constarent, eversa sunt. Privationem enim significant: privatio autem, ut in scholis loquuntur, præsupponit habitum. Allegatur à nostris in eam rem, *l. 5. de iniust. rupt.*

Singulas causas] Ἕκαστον πάθος, *singula vitia*, ut hæc appellant juris auctores, *leg. 1. §. 3 de tab. exh. b. leg. 2. Cod. de edict. D. Hadr. toll. l. 11. Cod. de probat.*

TEXTUS.

6. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ ab initio jure facta, per capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam si septem testium signis signata sunt, potest scriptus hæres secundùm tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere: si modò defunctus & civis Romanus, & suæ potestatis mortis tempore fuerit. Nam si ideò irritum factum sit testamentum, quia civitatem, vel etiam libertatem testator amisit, aut quia in adoptionem se dedit, & mortis tempore in adoptivi patris potestate fit, non potest scriptus hæres secundùm tabulas bonorum possessionem petere.

NOTÆ.

6. IRRITA FACTA SUNT] Sed neque in causa testamenti rupti semper obstat vitium, quo minus ex eo bonorum possessio peti possit, veluti si posthumus præteritus vivo testatore decesserit, *l. 12. de lib. & posth.* item si testator supremas tabulas incidit, ut priores supremas relinqueret, *l. pen. §. 2. sec. tab.* Sed & si filius præteritus abstineat, voluntas ex æquo & bono sustinetur, *l. 17. hoc tit.* Non idem est, si testamentum non consistat propter inhabilitatem personæ testatoris aut defectum solennium, *l. 1. §. 8. sec. tab. l. 12. C. de testam.*

ET SUÆ POTESTATIS] In eo qui testamento facto se adrogandum dedit, non satis est ad obtinendam ex eo bonorum possessionem, quod posteà sui juris effectus decesserit, sed requiritur etiam nova aliqua voluntatis, à qua in alienam familiam transeundo recessisse videtur, confirmatio, *d. l. pen. §. 2. sec. tab.*

COMMENTARIUS.

1 *Notatur Triboniani negligentia.*
2 *Testamentum ruptum nativitate posthumi præteriti, eo antè patrem mortuo vires recipere.*
3 *Cancellatione incisione ve posteriores testamenti restituti prius, cujus tabula integra manserint.*
4 *Testamentum irritum factum maxima & media capitis deminutione testatoris, eo restituto convalescere etiam absque nova voluntatis declaratione; secùs si testator se adrogandum dederit, & posteà sui juris factus decesserit.*

HIc locus declarationem continet §. quarti. Meretur autem Tribonianus duplici nomine hic reprehendi; primùm quod quæ rupti & irriti facti testamenti communia sunt, ita tradit, quasi unius & nimirum irriti facti essent propria, deinde quia simpliciter scribit, testamenta per capitis deminutionem irrita facta, jure prætorio convalescere, si testator civis Rom. & sui juris decesserit; cùm in quibusdam tantùm hoc solùm sufficiat, in quibusdam nova præterea declaratione voluntatis opus sit, uti mox demonstrabitur.

Per capitis deminutionem irrita facta] Quæ testamenta ab initio propter inhabilitatem personæ testantis non consistunt, ea ex postfacto

vires

vires nullo jure capiunt; veluti si impubes, aut furiosus, aut filiusf. testamentum fecerint, & deinde testamenti factionem habentes decesserint: hoc testamentum ne jure quidem prætorio sustinetur, ut ex eo bonorum possessio secundum tabulas peti possit, *l 1. §. exigit, 8. sec. tab.* Idemq; est, si testamentum nullum sit ob defectum solennium juris; putà quia pauciores, quàm septem testes adhibiti, aut ex septem adhibitis quidam non signaverint, *l. 12. C. de testam.* De testamento autem in quo filius, qui fuit in potestate, præteritus est, non convenit, an quemadmodum id jure civili nullius momenti, ita quoque omninò nullum sit & maneat jure prætorio. Sed verius est, tale testamentū jure prætorio omninò nullum non esse, scriptosque in eo hæredes, si præteritus se bonis paternis abstinuit, posse accipere bonorum possessionem secundum tabulas; *arg. l. posthumus, 12. in fin pr. l. filio, 17. de inoff. test. l. si duobus, 12. §. 1. cont. tab. l. 2. in pr. sec. tab.* quod profectò contrà communem defendimus, *Sub tit. de exhær. lib.* Hæc autem non sunt propria hujus loci: quippè in quo agitur de testamentis, quæ ab initio rectè facta, deinde infirmata sunt; quæriturque an postea sublata causa infirmationis jure aliquo convalescant. Imperator quidem hoc in una tantùm specie proponit, quando testamentum irritum factum est, sive infirmatum, ob id, quod testator capite minutus sit: attamē ad aliam quoque speciem eadem quæstio pertinet, cùm scilicet ruptum est, seu eversum, testatoris statu non mutato. Videamus ergò de rupto, & de eo priùs, posteà cogniturī de altera specie, de qua hic agitur. Didicimus, testamentum rumpi duobus modis, agnatione sui
2 hæredis, & mutatione voluntatis. Fingamus igitur, posthumum præteritum vivo patre decessisse: quæritur, an testamentū ruptum nativitate posthumi, eo vita deinde antè patrem functo, vires recipiat. Et responsum est, si testamentum signatum fuerit, posse hæredem scriptum bonorū possessionē secundum tabulas accipere, & cum effectu, ut rem obtinear, licet scrupulositas juris refragetur, *leg. posthumus, 12. de inoff. rupt.* Unde intelligimus, jure quidem civili testamentum non restitui, sed tamen prætorem ex bono & æquo voluntatem testatoris ueri. Additur in responso, hoc ipsum etiam confiratum esse rescriptis Imperatorū: quæ confirmao ideò fortassis accessit, quia potestatem prætoris xcedere videri poterat, quod ex testamento inrinsecus vitioso defenderet hæredi scripto bonoum possessionē cum re, contrà eos, qui alioqui rem b intestato auferrent. Planè si posthumus præteritus nascatur post mortem testatoris, licet illicò decedat, testamentū non restituitur; nec omninò cùm decedit patre jam mortuo: nam cùm suus hæres sit patri, statim patri ipso jure hæres existit, & moriens hæreditatē sibi jure quæsitam transmittit ad quosvis hæredes legitimos: ad cujusmodi speciem pertinet, *l. 2. C. de post. hær. inst. Cujac. ad l. 7. de tab. & post.* Fingamus rursus, testatorē testamentum, quod secundo loco fecerat, ac proinde quo priùs ruptum erat, incidisse aut cancellasse. Quæritur, an restituatur prius cujus tabulæ integræ manserunt. Papinianus respondit, si id hoc animo 3
à testatore factum sit, ut priores tabulas supremas relinqueret, voluntatē, quæ defecerat, recenti judicio rediisse, & posse secundum tabulas priores bonorū possessionē peti, *l. pen. §. 2. ser. tab.* At, inquies, an non sic testamentū citrà ullam solennitatem nuda voluntate constituitur? Negat hoc Jurisconsultus, *d. loc.* atque hanc objectionē sic removet, ut dicat, non quæri hic de jure testamenti, sed de viribus exceptionis. Quo significat, recenti isto judicio & simplici voluntate testatoris non constitui novum testamentū; sed si scriptus priore testamento hæres agat & hæreditatem vendicet, eique objiciatur exceptio mutatæ voluntatis, posse eum hanc exceptionem elidere explicatione voluntatis reversæ, si constet, testatorem hoc animo posterius testamentum incidisse, ut prius iterùm valere vellet. Utique enim hic animus ab hærede scripto omninò probandus est, per codicillos putà aut alias literas, quibus testator palàm declaraverit, se velle priores tabulas valere, alioqui eum, tanquā quem utriusque voluntatis pœnituerit, intestatum potiùs decedere voluisse interpretabimur, *d. pen. §. 2.* Unum tamen adhuc obstat, quod prius testamentū dicitur rumpi ipso jure, *l. sancimus, 27. C. de testam.* Quomodo ergò agi potest ex eo, quo ipso jure ruptum est? Resp. quod ipso jure priùs rumpi dicitur, id dici certo respectu, quoniam rumpitur hoc solo, quod aliud factū est, etiamsi testator prius non revocaverit. Et licet quatenus posterius testamentū consideratur, ut adhuc consistens & validum, prius ita sublatū intelligatur, ut nihil in eo scriptum valeat, nec quisquam ipso jure agere ant quid petere ex eo possit: non ideò tamen absurdū videri debet, quod posteriore inciso aut deleto ea mente, ut prius iterùm valeat, prius quoque vires recipiat: quippè cujus tabulæ integræ relictæ sunt, & utique jam postremæ: nam quod jus extinctū reviviscere negatur, id non obtinet, cum à re, quæ, ut DD. nostri loquuntur, essentiam suam formalē & materialem retinuit, removetur impedimentum. *D. Menoch. cons. 176. lib. 2. Fachin. 5. cont 93. D. Tulden. comm. hic cap. 5. Io. Deckher. 2. diff. 3, num. 30.* Ac proinde putarem, testamentum hoc casu valere etiam jure civili.

civili. Iam tempus est, ut ad textum §. nostri accedamus, in quo tractatur de convalescentia testamentorum, quæ per capitis deminutionem testatoris infirmata sunt, uno verbo, irrita facta.

Si septem testium signis signata] Hoc enim solùm, semper tamen, in danda bonorum possessione juxta tabulas prætor spectat, an testamentum septem testium civium Romanorum signis signatum sit, *l. posthumus, 12 in pr. de iniust. rupt. Vlp. tit. 23. § 5. & tit. 28. §. 5.* ita enim obsignatum esse oportet, ut jure prætorio valeat, seu eo jure, quo obsignatio introducta est, *§. 2. sup. de test. ord.*

Si modò civis Romanus & suæ potestatis mortis tempore] Nihil amplius exigit ad petendam bonorum possessionem ex eo testamento, quod per capitis deminutionem irritum factum erat, quàm ut testator mortis tempore civis Romanus & sui juris fuerit, omissa eleganti distinctione, quam nobis suppeditat Papinianus, *l. pen. §. 2. sec. tab.* Etenim interest, an ei, de cujus, integri capitis posteà mortui, testamento quæritur, maxima mediáve, an minima contigerit capitis deminutio. Si maxima aut media, verbi gratia si capite damnatus sit, & Princeps damnatum in integrum restituerit, quia nullum hic factum intervenit, ex quo colligi possit mutatio voluntatis testatoris, nihil causæ est, cur ad convalescentiam testamenti plus desideremus, quàm ut testator pristinum statum receperit, *l. 6. §. pen. de iniust. rupt.* Putarem etiam, testamentum damnati capitis, & indulgentia Principis posteà restituti, ita convalescere, ut non solùm jure prætorio valeat, sed jure etiam civili, propter comparationem horum testamentorum cum eorum testamentis, qui capti ab hostibus postliminio redeunt, aut ibi decedunt, quorum testamenta jure civili vires recipere beneficio postliminij aut confirmatione legis Corneliæ constat, *d. l. 6. § pen.* nisi quis putet, comparationem istam pertinere duntaxat ad ipsam convalescentiam, non ad modum convalescendi. At verò si minima capitis deminutio intervenerit, putà si quis testamento facto se adrogandum dederit, non satis est ad restitutionem testamenti, obtinendamque ex eo bonorum possessionem, quod posteà sui juris effectus decesserit; sed præterea requiritur, ut recenti aliqua voluntate testamentum confirmatum sit. Et meritò; quoniam qui se dat in adrogationem, non obscurè à priori voluntate recedit, cùm sciat, se una cum capite fortunas quoque suas in alienam familiam transferre, ut disputat Papin *d. l. pen. §. 2. sec. tab.* ex quo loco explicandum quoque & supplendum est, quod simpliciter item Paulus scripsit, testamentum valere, *l. 8. §. 3. de jur. C. eod.* ita fermè & *Bart. in d. l. 6. §. pen. Mynsing. & Schneid. hic, Connan. 9. comm. 7.*

Et tempore mortis in adoptivi patris familia] Supple, *aut in servitute, aut conditione peregrinitatis.* Omninò enim prætor exigit, ut is cujus bonorum possessio datur, utroq; tempore jus testamenti faciendi habuerit, & cùm facit testamentum, & cùm moritur: intermedium autem tempus non curat, *l. 1. § exigit, 8. de bon. poss. sec. tab. Vlp. in fragm. t. 23. §. 5.*

TEXTUS.

7. *Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod posteà testator id noluerit valere: usque adeo, ut & si quis post factum prius testamentum, posterius facere cœperit, & aut mortalitate præventus, aut quia eum ejus rei pœnituit, id non perfecerit, divi Pertinacis oratione cautum sit, ne alias tabulæ priores jure factæ, irritæ fiant, nisi sequentes jure ordinatæ & perfectæ fuerint: nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.*

NOTÆ.

7. ID NOLUERIT VALERE] Nisi post lapsum decennij à condito testamento voluntatem revocaverit, nimirum coram tribus testibus, *l. 27. C. de testam.*

USQUE ADEO] *l. 2. h. t. l. 18. de leg. 3. l. 21. §. 2. C. de testam.* excipe imperfecta testamenta militum & parentũ inter liberos, item nisi in posteriore testamẽto imperfecto scripti, qui ab intestato veniunt, *d. l. 2. h. t. d. l. 21. §. 1. cùm auth. seq. & §. 2. C. de testam.*

COMMENTARIUS.

1 *Nuda contraria voluntate testamentum ritè factum non infirmari, quantumvis coram septem testibus declarata,*
2 *Redditur hujus iuris ratio.*
3 *An plus hic operetur revocatio causata, quàm simplex.*
4 *Cur ne novi quidem testamenti inceptio vim prioris corrumpendi habeat.*
5 *Temperamenta superioris doctrinæ.*

HIc §. rectiùs in continenti subjectus fuisset §. secundo aut tertio, quorum continet declarationem. Docuit ibi Imp. prius testamentum rumpi per posterius, quod jure perfectum est. Unde etsi per se satis intelligitur, neque nudam revocantis

revocantis voluntatem ad infirmationem testamenti sufficere, neque adeò priùs rumpi, etiamsi secundum fieri cœptum sit, nec absolutum: latiùs tamen utrumque explicare voluit, & omninò latiùs adhuc à nobis explicandum est.

Quod testator id noluerit valere] *Si* quem prioris voluntatis pœniteat, malitque nunc intestatus decedere, parata ei est expeditissima ratio, tabulas incidat, deleat, cancellet, signa revellat, *leg. 1. §. pen. unde lib.* majorē enim vim facta habent, quàm verba, integrisque tabulis relictis nuda contrariæ voluntatis declaratio testamentum solenniter factum non infirmat, *leg. militis, 36. §. 3. de testam. mil. leg. sancimus, 27. Cod. de testam.* In tantùm, ut etiamsi testator coram septem testibus dixerit, nolle se testamentum, quod fecit, valere, nihilo tamen magis illud infirmetur, ut ex recepta sententia tradunt, *Clar. §. testam. q. 91. Cress. §. testam q. 84. n. 2. Iac. Vermey art. test. cap. 13. Angel. Vigl. Mynsi. Schneid. hic.* Et rectè. Nam si ne tunc quidem testamentum anteà factum infirmatur, cùm ad aliud faciendum testator processit, quod tantùm non consummavit, quanto minus infirmabatur sola revocatione verbali: utique enim factum accedens ad voluntatem potentiùs operari debet simplici voluntatis declaratione. Hoc ipsum quoque manifestè probat, *l. sancimus, 27. C. de testam.* ubi Iustinianus sancit, ut demùm post lapsum decennij, seu cùm à condito testamento decē anni effluxerint, revocatione voluntatis testamentum infirmetur. Neque hic mihi quis dixerit, pertinere istam constitutionem ad eum casum, quo tribus tantùm testibus revocatio munita est: nam ex hoc ipso, quod Iustinianus exigit, ut non pauciores, quàm tres testes ad revocationem adhibeantur, ut valida sit ad infirmationē testamenti post fluxum decennij, satis intelligitur non aliud eum esse voluisse, si fortè plures testes intervenerint, sive quinque, sive septem: quo enim plures adhibentur, eò verius est non esse pauciores tribus adhibitos. Et sciendum est, Imperatorem illic abrogare constitutionem Honorij & Theodosij, quæ extat in *l. 6. C. Theod. de testam.* qua cautum erat, ut solo lapsu decennij testamentū revocatum intelligeretur, hoc est, si testator post conditum testamentū integros decem annos supervixisset, quamvis nulla secuta esset contraria voluntas: hoc enim Iustinianus hactenùs mutavit, ut noluerit ex solo lapsu decennij testamentū evanescere, sed tunc, cùm ad lapsum tanti temporis expressa accederet revocatio; quam etiam revocationē non paucioribus, quàm tribus testibus muniri voluit, cùm aliàs ad probationem voluntatis, quæ testamentum non est, ordinarius testium numerus sufficiat. Quotquot igitur testes intervenerint, adhuc cursus decennij necessarius est ad sustinendam verbalem testamenti solennis revocationem. Quæritur autem hujus juris ratio. Nam iniquum videtur eum bona defuncti obtinere, quem ea habere noluit: ac proinde etsi concedamus, ex summi juris ratione hæredes scriptos bona vindicare posse, cur tamen non dicimus, eos repelli posse exceptione finitæ defuncti voluntatis? Resp. Periculosum est æquitatem prætexere contrà expressam juris auctoritatem; quod dubiè hac ratione nititur, quod non videatur satis seriò improbasse voluntatē solenni testamento comprehensam, qui nudè eam revocavit, tabulis testamenti integris servatis. Si enim testamentum omninò valere noluisset, poterat tabulas incidere, delere, poterat aliud testamentū condere; quod cùm non fecerit, præsumere licet; eum revocationis pœnituisse: ut non sine ratione defendatur, majorem oportere vim esse testamenti, quod integrum & in suo statu testator reliquit, quàm nudæ illius declarationis contrariæ, *fac. l. militis, 36. §. 3. de test. mil.* Ex quo loco simul discimus, ita jus esse, cùm quæritur de institutione hæredum: legatarios autem revocata voluntate exceptione doli mali removeri. De cujus loci sententia, *vid. Ant. Fab. dec. 39 err. 8.* His ita constitutis, videamus, an non falsa sit opinio Bartoli in *l. si jure, 18. de legat. 3. & DD.* quos allegant & sequuntur, *Clarus, §. testam. q. 92. Vigl. Mynsing. Schneid. hic.* qui interesse putant, qua formula testator in revocando testamento usus sit, utrùm simpliciter dixerit, *nolo testamentum à me factum valere*; an causam adjecerit & hæc verba, *quia volo decedere intestatus.* Nam etsi simplicem revocationem non sufficere fatentur, causatam tamen valere volunt, modò facta sit coram septem testibus. Quo jure etiam nos uti refert *Grot. lib. 2. introd. cap 24.* Verùm nihil interesse, hac an illa formula testator utatur, apertè evincit *d. l. militis, 36. §. 3. de test. mil.* Et verò si hoc ipso, quod quis testamentum revocat, tacitè & per quandam necessariam consequentiam intelligitur velle decedere intestatus, causæ illa adjectio (quippè quæ non impedit, quo minùs aliud testamentū posteà condatur) facere non potest, ut majorem vim revocatio habeat, quàm si causa adjecta non esset. Et rectè Mantica, *lib. 2. de conj. ult. vol. tit. 15. n. 19.* ex Socino refert, distinctionem istam Bartoli captiosam esse vulgaribus testatoribus, qui causam nesciunt dicere, *quia intestatus decedere volo*, arbitranturque, id necessariò ex hoc ipso sequi, quod testamentum revocant. Sed non debebat vir aliàs incomparabilis hoc argumento moveri, ut statueret cum cod. Socino, Bald. Salic. in *d. l. sancimus, C. de testam.* & aliis,

quos allégat, ad révocandum testamentum sufficere, quamlibet simplicem voluntatis contrariæ declarationem factam coram septem testibus: quam sententiam abundè jam confutavimus. Unicum supradictæ distinctionis firmamentum affertur *l.1.§ pen.si tab.test.null.ext.* ex verbis *Vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit voluitq; intestatò decedere.* Sed nemo opinor tam infans est, qui non videat, Iurisconsultum ibi loqui, non de simplici mutatione voluntatis, sed quæ declarata sit facto aliquo simili illis, quæ anteà expresserat, incisioni aut cancellationi, putà si testamentum induxerit, laceraverit, resignaverit, &c. Habemus huius sententiæ defensores, *Ant. Fab. dec. 39. err. 6. Bachov. in Treutl. vol. 2. disp. 10. thes. 7. Ant. Merend. 3. cont. 45.* Planè ad infirmationem testamenti nuncupativi putarem sufficere simplicem voluntatis revocationem factam coram legitimo testium numero, *arg. l. nihil 35. de reg. iur. cum Connan. 9. comm. 7. VVesemb. in hunc §. Groenevv. de legibus abrog. hic.*

Vsque adeò] Amplificatio. Dixerat modò nuda voluntate testamentum infirmari non posse: id nunc usque adeò verum esse pronuntiat, ut nec cũ voluntate revocandi concurrens novi testamenti inceptio vim corrumpendi prioris habeat: sed ita demum superius testamentum ritè factum tollatur 4 si inferius æquè jure perfectum fuerit. Hic verò itidem ut in casu præcedenti, æquum esse videri potest, ut saltem hæredibus ab intestato detur exceptio adversus priore testamento scriptos hæredes, quos utique voluntate testatoris, aliud testamentum facere aggressi, mortuiq; antequam illud perficeret, destitui constat, *per l. pen. §. 2. sec. tab.* Verùm obstat hic quoque legum auctoritas, *l. 2. l. 11. de iniust. rupt. l. si iure 18. de legat. 3. l. hac consultissima 21. §. 2. C. de testam. & hic text.* Quid quod in proposito nec voluntatem defuncti ab intestato venientes habent: ponimus enim in secundo testamento, quod imperfectum est, scriptos esse extraneos. Quamobrẽ cùm illi, quos postremò testator voluit, hæreditatem ex imperfecto testamento obtinere non possint, ne convellantur jura omnia, quę de ordinandis testamentis tam diligenter constituta sunt, & quævis voluntas vim testamenti habeat, quos aliquando hæredibus ab intestato prætulit, eos etiam adhuc iisdem præferri voluisse existimandus est; atque in hunc eventum tabulas priores integras reliquisse, ut si posteriores non cõsisterent, ex prioribus hæreditas adiri possit. Atque hoc est, quod scribit Pomponius *d. l. si iure 18. de leg. 3.* credibile esse, testatorẽ ita demũ à priore testamento velle recedi, si posterius valiturum sit.

Mortalitate præventus] Huiusmodi testamentũ imperfectum dicitur ratione voluntatis. Quippe duplex est imperfectio testamenti: una, ratione solennium, putà si pauciores, quàm septem testes intervenerint, aut si testes non signaverint subscripserintve, vel quid aliud, quod ad solennitatem ordinationis pertinet, omissum sit; altera, ratione voluntatis, veluti si cùm plura ordinare testator vellet, morte interceptus fuerit, aut in ipso actu testandi furore correptus, *l. si is qui 25. qui test. fac. l. 9. C. eod. Bald in l. hac consultissima 21. §. 1. n. 1. 2. 3. C. de testam. Sichard. ibid. n. 2.* quo loco uterque etiam notat, testamentum, quod ratione voluntatis & dispositionis imperfectum est, nec inter liberos valere. Quod & *Cuiac. in d. l. 25.* notavit ex Accursio: estque communis hæc recepta sententia, *Vasq. lib. 3. de succ. creat. §. 21. n. 62.*

Divi Pertinacis oratione] Solebant olim Principes orationes in Senatu habere, aut scriptas ad Senatum mittere; in quarum sententiam Senatusconsulta concipiebantur, *leg. oratione 16. de rit. nupt. Tacit. lib. 1. Oratione principis secuto patrum consulto primi Hedui senatorum in urbe ius adepti sunt.* Atque hæ Principum orationes etiam Senatusconsulta nominantur, quandoque etiam leges. Sic oratio Divi Hadriani de petitione hæreditatis, *l. si & rem. 12. de her. pet.* Senatusconsultum passim appellatur, *l. item veniunt, 20. §. præterea. 6. & multis seqq. eod. tit.* Iul. Capitolinus hanc ipsam orationem Pertinacis legem, mox etiam Senatusconsultum nominat in Pertinace. *Legem sanè tulit*, inquit, *ut testamenta priora in priùs essent irrita, quàm alia perfecta essent, neve ob hoc fiscus aliquando succederet.* Et paulò pòst; *Additiq; Senatusconsulto*, &c.

Iure ordinata & perfecta fuerint] Quæ legitimo modo fiunt, legitimè quoque solvi debent, *l. 35. de reg. iur.* Hac ratione utitur etiam Harm. *5. tit. 5. §. 17.* Ab hac tamen regula excipienda sunt ea testamenta, quæ quamvis imperfecta, jure tamen 5 singulari valent; ut testamenta militum & parentum inter liberos. Testamentum factum jure militiæ inter imperfecta numeratur, *l. 2. de iniust. rupt.* atque ideo etiam imperfecto quovis posteriore solvitur, *l. eius, 34. §. 1. de test. mil.* & tamen per id, quod jure militari secundo loco factum est, rumpitur præcedens perfectum, hoc est, factum jure communi, *d. l. 1. & d. l. 34. §. ult.* Sed nimirũ hoc ex eo est, quod testamentũ militis jure privilegiario pro perfecto est, aut vim perfecti testamenti habet: quod autem rumpitur posteriore jure communi nõ ritè facto, mirũ videri non debet, quia etiam post missionis annum, irritum constituitur. Testamentum imperfectũ factum à parente inter liberos & ipsum non minus ex privilegio valet, quàm militis,

litis, *l. hac consultissima* 21. §. 1. *C. de testam.* Quare si pater qui testamentum prius jure fecerat, posteà aliud fecerit inter liberos, quamvis posterius hoc imperfectum fuerit, tamen rumpitur prius. Illud etiam favore liberorum Iustinianus constituit, ut tale testamentum non aliter rumpatur posteriore, quàm si posterius modis omnibus perfectum fuerit, & prius nominatim revocatum, *Nov.* 107. *auth. hoc inter. C. de testam.* Prætereà si cùm in priore testamento perfecto scripti essent extranei, in posteriore autem imperfecto instituti sint, qui ab intestato venire possunt, dummodo non minùs quàm quinque testes intervenerint, placet, infirmato priore testamento posteriorem hanc scripturam valere, non tamen tanquam testamentum; sed tanquam voluntatem ultimam intestati, *d. l. hac consultissima* §. 3. cuius voluntatis hic erit effectus, ut nulla quarta deducta ab hæredibus, priore testamento, quod infirmatum est; scriptis, ad hæreditatem admittantur scripti posteriore, easque portiones per arbitrum familiæ erciscundæ singuli consequantur, quæ cuique adscriptæ sunt. Sed quid est, quod Iurisconsultus in *d. l. 2. de iniust. rupt.* simpliciter scribit, prius testamentum per posterius imperfectum rumpi, si in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest? Nimirum si in posteriore imperfecto, in quo scripti, qui ab intestato rem habere possunt, omissa sit aliqua solennitas, quæ tantũ jure civili præcisè requiritur, non item jure prætorio, veluti si testes non subscripserint, si filius institutus aut exhæredatus non sit: nam etiam hac ratione testamentum imperfectum rectè dicitur. Atq; ita appellatur in *l.* 12. §. 1. *cont. tab.* quoniam inter cætera, quæ testamentum jure civili perficiũt etiam hæc requiruntur. Rumpi igitur eo casu testamentum prius dicimus, non jure civili, sed honorario data secundùm tabulas posteriores, quæ modò septem testium signis signata sunt; cum re & effectu bonorum possessione, *arg. d. l.* 12. §. 1. *cont. tab.* quem locum diligenter & accuratè hic interpretatus est D. Bachovius.

TEXTUS.

8. *Eadem oratione expressit, non admissurum se hæreditatem eius, qui litis causa Principem reliquerit hæredem, neque tabulas non legitimè factas, in quibus ipse ob eam causam hæres institutus erat, probaturum: neque ex nuda voce hæredis nomen admissurum; neque ex ulla scriptura, cui juris auctoritas desit aliquid adepturum. Secundum hoc divi Severus & Antoninus sæpissimè rescripserunt.* Licet enim, *inquiunt*, legibus soluti simus, attamen legibus vivimus.

NOTÆ.

8. LITIS CAUSA PRINCIPEM, &c.] Capitol. *ubi sup.* hoc enim invidiosum est, *l. pen. de hær. inst.* Plin. Paneg. *Non tu falsis, non tu iniquis tabulis advocaris.*

OB EAM CAUSAM] Quod tabulæ non essent legitimæ factæ, ut rectè Cujac. & Fabrot. quod non percepit Th. nec Accurs. nam Princeps nec legitimè factas probat, in quibus ipse litis causa hæres scriptus est.

NEQUE EX NUDA VOCE] Non quasi Princeps hæres nuncupari non possit aut hæres esse ἐκ τῆς ἀγράφου Διαθήκης, ut somniat Theoph. sed *ex nuda voce*, id est, nuda voluntate sine juris solennibus.

LEGIBUS SOLUTI] Princeps legibus civilibus solutus est, *l.* 31. *de legib. l.* 3. *C. de testam.* Dio *lib.* 53.

ATTAMEN LEGIBUS VIVIMUS] Impp. *l.* 2. *C. Th. de cond. & hom. dom. Aug. Scribimus quidem leges, sed sequimur.* Plin. *Paneg. Ipse te legibus subiecisti.* vid. & *l.* 23. *de leg.* 3. *l.* 4. *C. de legib. d. l.* 3. *C. de testam.*

COMMENTARIUS.

1 *An Principes Romani legibus soluti fuerint: & in universum, an & quatenus sint Principes, qui absoluta iura maiestatis habent.*

EAdem oratione expressit] *Ipseq́*, inquit de Pertinace loquens Capitolinus d. loc. *professus est, nullius se aditurum hæreditatem, quæ aut adulatione alicuius delata esset, aut lite perplexa, ut legitimi hæredes & necessarii privarentur.* Addiditque Senatusconsulto hæc verba: *Sanctiùs est, P. C. inopem rempubl. obtinere, quàm ad divitiarum cumulum per discriminum atque dedecorum vestigia pervenire.* Proculdubio hac oratione sanctissimus senex senatui declarare voluit, se longè alia ratione remp. temperaturum, quàm antecessor eius Commodus Princeps flagitiosissimus fecerat, quem credibile est exemplum secutum fuisse sui simillimi Imperatoris Domitiani, de quo Sueton. *c.* 12. sic scribit: *Confiscabantur alienissimæ hæreditates, vel existente uno, qui diceret, audivisse se ex defuncto, cùm viveret, hæredem sibi esse Cæsarem.* Extat adversus huiusmodi improbitatem edictum Honorij & Theodosij, *in l. sancimus* 20. *C. de tectam.*

Qui litis causa Principem] Lex est, non debere cujusquam conditionem deteriorem fieri facto alieno, nec cuiquam objici duriorem aut potentiorem adversarium, *tot. tit. de alien. iud. mut. ca. & tit. C. ne lic. potent.* Huic legi se submisit Imp. Pertinax, professus hoc amplius, se non admissurum hæreditatem, quæ litis causa Principi delata esset, minus hic sibi permittens, quàm cuiquam privato, *l. 8. § 2. de alien. iud. mut. ca.* Quippe invidiosum esse existimavit, Principem litis causa, hoc est, in re controversa & perplexa hæredem instituí, quo alij nomine Principis territi jus suum indefensum relinquât, ac nefas esse, calumniæ facultatem ex Principali majestate capere, *leg. pen. de hær. inst. Paul. 5. sent. 12.* Plinius *Panegyr. Non tu falsis, non tu iniquis tabulis advocaris.*

Neque tabulas non legitimè factas] Lex est, hæredem justo testamento instituendum esse, neminemque posse ex tabulis non legitimè factis hæreditatem obtinere. Hanc legem etiam adversus se valere optimus Princeps voluit, atque in sua etiam persona tabulas non legitimè factas improbavit. Secundùm quod sæpissimè constitutum est, ex imperfecto testamento nec Imperatorem hæreditatem vendicare posse. *l. 3. C. de testam.* Ait. *in quibus ipse ob eam causam.* Nempe quod tabulæ non essent legitimè factæ, ut rectè Cujac. Quod non percepit Theoph. nec Accurs. nam Princeps nec legitimè factus probat, in quibus ipse litis causa scriptus est. Ait, *neque ex nuda voce.* Non quasi Princeps hæres nuncupari non possit, aut hæres esse ἐκ τ ἀγράφ ἀξιώσεως, ut somniat Theoph. sed *ex nuda voce*, id est, ex nuda voluntate sine juris solēnibus.

Neque ex ulla scriptura, cui juris auctoritas desit] Clausula generalis, legata quoque & fideicommissa, non legitimo testamento relicta complectens. Ex imperfecto testamento, ait Paulus *l. 23. de legat. 3.* legata vel fideicommissa Imperatorem vendicare inverecundum est. Huc etiam referendum, quod idem *Paul. 4. sent. 5. & Vlp. l. 8. §. 2. de inof. testam.* scribunt, testamentum, in quo Imperator hæres scriptus est, inofficiosum argui posse.

Licet legibus soluti simus] Principes Romanos legibus solutos esse, scribit Dio *lib. 53.* atque id ipse sic interpretatur, ut dicat, eos liberos esse ab omni legum coactione, nec ulla scripta lege teneri. Apparetque ex eodem loco, quemadmodum temporibus liberæ reipub. aliquando usurpatum, ut populus aut senatus civem aliquem ob heroicam indolem ac singularem virtutem una aliqua lege solveret, putà ut ante ætatem legitimam magistratum gerere, aut intra tempora constituta eundem repetere licere, sicut de Pompeio, Africano, Octavio, alijsque permultis factum legimus: ita Principem posteà, cum civibus omnibus excellentior haberetur, legibus omnibus solutum fuisse, lege in eam rem semel expresè lata, quæ lex regia *in l. 1. de const. Princ.* lex imperij *in l. 3. C. de testam.* appellatur. Quod etiam significare arbitror Ulpianum *in l. Princeps 31. de legib.* Quanquam necesse non erat, hoc caput legi regiæ inserere: quandoquidem ex hoc ipso, quod alio capite eiusdem legis populus jura majestatis omnia abdicativè in Principem transtulit. *d. l. 1. de const. Princ.* necessariò sequitur, Principem legibus non obligari. Etenim Princeps, qui absoluta jura majestatis habet, nihil supra se cernere potest, neque hominem neque legem; ut ait Alber. Gentilis in quæstionib. regiis. *Deus*, inquit Justinianus, *leges ipsas Principi subjecit, eumq; legem animatam emisit hominibus Nov. 105. c. 2. in fin.* Iam verò qui supra leges est, cui leges subiectæ sunt, is necessariò legibus est solutus, id est, legibus non tenetur: alioqui non illi leges, sed ille legibus subjicitur, & qui ipse lex est, in eum lex ferri non potest. Unde Plinius in *panagyr. Leges*, inquit *Principi nemo scripsit.* Neque cùm hoc dicimus, intelligimus solùm cum D. Thoma *q. 96. art. 5. part. 3.* quem multi sequuntur, Principem legibus solutum esse, quoad vim coactivam, sed etiã quoad vim directivam. Quin ad hanc solam quæstio pertinet; cùm si neges, secundùm vim dirigentem Principem legibus solutum esse, statuas, Principem legibus obstringi, tanquam quæ ipsi quoque latæ sint. Alia autem quæstio est de modo coërcendi & puniendi, nec obedientes. Cæterum totũ hoc pertinet ad leges civiles duntaxat, non ad leges naturæ aut divinas, quibus cùm omnes homines nati subjiciantur quatenus homines sunt, omninò efficitur, aut Reges homines non esse, aut illos etiam his legibus teneri. Non pertinet etiam hoc axioma ad leges imperij fundamentales, maximè cùm in eas quoque ipsi Principes regnum ineuntes jurare, solent. De quibus legibus Bodinus *l. 1. de rep. cap 8.* sic scribit: *Quantũ ad leges imperii attinet, cùm sint cũ ipsa majestate conjunctæ, Princeps nec eas abrogare, nec iis abrogari potest. Cuiusmodi*, inquit, *est lex Salica, regni huius firmissimũ fundamentũ.*

Attamen legibus vivimus] Etsi hoc jus Principis est, si dignatem spectes, & imperij potestatem, ut legibus omnibus civilibus sit solutus: tamen officium imperantis est, legibus vivere, iisque parendo suo exemplo præire illis, quibus solis latæ sunt. Quod significat Paulus *l. ex imperfecto 23. de legat. 3.* his verbis: *Decet enim tantæ majestati, eas servare leges, quibus ipse solutus esse videtur.* Et Imper. Alexander *l. 3. C. de testam.*

cum

cùm ait, *nihil tam proprium imperij esse, quàm legibus vivere*, eodemque modo explicanda, *l. digna vox C. de legib.* & illud Plinij *in Panegyr ad Traian. Legibus te subiecisti, quas nemo Principi scripsit*, item illa, *Non esse Principem supra leges, sed leges supra Principem.* Nimirum Princeps *imperio maximus maior est exemplo*, ut ait Paterculus, *lib. 1. & Plin. d. loc. Vita Principis*, inquit, *perpetua censura est: ad hanc dirigimur: nec tam imperio nobis opus est, quàm exemplo. Τίς γὰρ ἂν ἡθέλησεν ἀπειθεῖν ὁρῶν τὸν βασιλέα πειθόμενον*; inquit Xenophon *in laudib. Agesilai.* Claudianus *in Panegyr. de quarto consulatu Honorij*, his versibus Principem huius officij commonefacit;

In commune iubes, si quid, censéſve tenendum,
Primus iussa subi: tunc observantior æqui
Fit populus, nec ferre negat, cùm viderit ipsum
Auctorem parere sibi. Componitur orbis
Regis ad exemplum: nec sic inflectere sensus
Humanos edicta valent, ut vita regentis.

TITULUS XVIII.

De inofficioso Testamento.

Continuatio, & argumentum tituli. Unde nomen inofficiosi: tum, quorum de hac quæstione cognitio.

EXplicatur hîc altera ratio infirmandi testamenti, cùm scilicet non ipso jure, sed per sententiam judicis rescinditur, ex causa de inofficioso contra testamentum pronuntiantis: quod est illud adminiculum, quod superiùs dixit paulò post nobis manifestum fore initio, *tit. de exhæredatione lib.* Locus hic latè patet, quanquam concisus est Iustinianus, ut passim in hoc libello. Initio indicat ille causam introducendæ de inofficioso querelæ, & quo colore proponatur; mox quibus ea competat, aut non competat, ostendit: sequuntur postremò nonnulla, quibus interveniẽtibus testamentum inofficiosum argui atque ex ea causa rescindi non potest. Nobis, quibus propositum est rem totam planam facere, licebit in explicando esse prolixiores. Memini etiam, nonnulla e recepisse interpretantem, *§. ult. d. tit. de exhær.* quæ in hoc tempus dilata, nunc exolvenda sunt. De nomine inofficiosi hoc primùm monendi sumus, quamvis omne testamentum inofficiosum rectè dicatur, in quo testator contra officiũ quod alteri debebat, facit: quemadmodum scimus, hominem inofficiosum dici, qui officium prætermittit, aut contra officium, quod alteri debet, facit, & ideò si verbi causa testator cognatis suis aut personis de se benè merentibus, qui ob id remunerationem debet, nihil in testamento suo reliquerit, huic etiam testamento appellatio ista conveniat: tamen per excellentiam ea demum testamento inofficiosa dicta sunt, quibus officium in liberos, parentes & fratres neglectum est, seu in quibus liberi aut parentes, aut fratres, vel exhæredati sunt immeritò, vel immeritò prætériti. Quocirca his etiam solis potestas permissa de inofficioso quærendi, postulandique, ut, si officium violatum esse constiterit, testamentum rescindatur. Cognitionem huius quæstionis ad centum viros pertinuisse constat ex *Cic lib. 1. de orat. Val. Max. lib. 7. c. 7. & 8. l. Titia 13. l. qui repudiantis 17. h. tit.* uti & simplicis petitionis hæreditatis, *l. ult. in pr. C. de pet. hær.* quod tamen non usque adeò perpetuum fuit, quin partes aliquando negotio ita ferente à prætore remissæ fuerint ad judicem pedaneum: ut liquet ex *l. 8. §. pen. hoc tit. l. 3. §. si emancip. 5. de bon. poss. cont. tab.*

TEXTUS.

Quia plerumque parentes sine causa liberos suos exhæredant, vel omittunt, inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur, aut iniquè se exhæredatos, aut iniquè præteritos: hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint, cùm testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi verè furiosus sit, sed rectè quidem testamentum fecerit, non autem ex officio pietatis. Nam si verè furiosus sit, nullum testamentum est.

NOTÆ.

SINE CAUSA] Ex justis causis permissa exhæredatio, *l. 7. de bon. damn.* quas causas ex arbitrariis certas fecit, & nominatim ad 14. complexus est Iust. *Nov. 115. c. 3.* voluit autem unam saltem ex his inseri testamento, eamque ab hærede probari, secùs ac jure veteri, *l. 5. §. 1. hoc tit. l. 28 C. eod.*

EXHÆREDANT VEL OMITTUNT] Illud ad Parentes omnes & propriè ad patrem pertinet, hoc ad matrem, cuius silentium pro exhæredatione est, *§. ult. sup. de exh. lib.* & ita intelligè *l. 3. l. 1. d. Nov. 115. c. 3.* Exhæredatis igitur omnibus, à matre etiam prætéritis hoc remedium necessarium. Ex privilegio autem est, quod de inoff. militis testamento nemo quæri potest.

leg 8.§.4.*l.*27.§.2.*hoc tit.leg.* 9.*l.*24.*C.eod.*

QUASI NON SANÆ MENTIS] *l.*2.*l.*5.§.1.*eod.* ac proinde quasi testamentum facere non potuerint, *l.*17.§.1.*eod.* Hoc colore seu titulo quæsito tegitur iniquitas exhæredationis: & quidem ob hanc causam olim rescisso per querelam testamento nihil ex eo valebat; *l.*8.§.*pen.l.*28.*eod.* hodie autem quantum ad institutiones solummodò evertitur; legata, & cætera capita salva manent, *Nov.*115.*c.*3. *in fin. auth.ex causa C.de lib.prat.*

COMMENTARIUS.

1 *Quibus liberis & quando querela necessaria.*
2 *Etiam ob causas non nominatim expressas, Nov.*115. *c.*3.*dummodo aquè graves aut graviores, exhæredationem rectè fieri.*
3 *Quamvis exhæredatio facta sit sine elogio, tamen testamentum adhuc ipso jure hodieq; subsistere, atque ad id rescindendum opus esse querela, contra comm.*
4 *Præteritionem matris & avi materni etiam jure novissimo vim exhæredationis habere.*
5 *Contraria obiter repulsa: addito jure patrio.*
6 *Vtrùm querela ipsa sit actio sive petitio, an remedium aliquod actione separatum.*
7 *An liberis patre præteritis, legata & cætera capita, præter institutionem, beneficio novæ legis conserventur.*
8 *Cur querela inofficiosi colorem dementiæ veteres prætexuerint: & num idem adhuc hodie.*

QVia plerumque] Rectè monet D.Pacius in margine, particulam *plerumque* non afficere verbum *exhæredant*, sed verbum *sine causa*: ut hic sit sensus: cùm parentes liberos suos exhæredant vel omittunt, id eos plerumque facere sine causa: putà falsò instimulatos, novercalibus delenimentis instigationibusque corruptos, *l.*3.& 4 *hoc tit.*

Sine causa liberos suos exhæredant vel omittunt. Ait, *sine causa*, nam ex justis & meritis causis exhæredatio semper permissa fuit, *l.*7.*de bon.damn.* Ait, *exhæredant vel omittunt*, illud ad parentes omnes, & propriè ad patrem avumque paternum, hoc ad matrē & avum maternum pertinet: nec supervacuo hic expressum, ut censet D. Wesemb. etsi enim matris præteritio vim & effectum exhæredationis habet: non est tamen revera exhæredatio. §.*ult.sup.de exhær. lib.* In patre exhæredatio necessaria est, ut querelæ locus sit: si enim pater filium, quem in potestate habet, præterierit, testamentum ipso jure nullum est; si emancipatum, datur præterito bonorum possessio contra tabulas, *sup.d.tit.in pr.* &§.3. & 5. Quin nec quævis exhæredatio querelæ locū facit; sed ea demum, quæ rite facta est: quæ secus facta, id est, non nominatim, non purè, non à tota hæreditate, pro præteritione censetur, *l.*8.§.*non quævis de bon.poss.cont. tab.* Matre autem sive præterеunte, sive quovis modo exhæredante, semper ad infirmandum testamentū querela opus est, cùm & jure civili firmum sit, nec à prætore infringatur: quippe qui exhæredatione, cujus vicem etiā præteritio matris obtinet, notatos non putavit ad cō. tra tabulas bonorum possessionem admittendos, *d.l.*8. *in pr. cont. tab.d.* §.*ult.sup.de exhær.lib.* Et igitur exhæredatis omnibus, à matre etiam præteritis hoc remedium necessarium est. Causæ exhæredationis jure antiquo certæ legibus definitæ erant, sed ab arbitrio pendebant judicum, qui de inofficioso cognoscebant, quorū erat merita exhæredati perpendere, *l.*3.§.*si emancipatus* 5.*cont.tab.Val. Max. l.*7.*c.*8. Iustinianus ex arbitrariis eas certas fecit, & nominatim *Nov.* 115.*c.*3. complexus est ad quatuordecim: cumq; anteà etiam simplici exhæredatione facta, permissum esset hæredi instituto allegare & docere ingratitudinem, id idem Imp. primū hactenus mutavit, ut non aliter liceret hæredi ingratitudinis quæstionem movere, quàm si testator expressè addidisset, se ideò filiū exhæredare, quia fuerit ingratus *l.omnimodò* 30.*in pr.C.hoc tit.* Posteà ne hoc quidem satis ei visum, sed insuper voluit, testatorem justam aliquam ingratitudinis causam & saltem unam ex illis, quas ipse recenset, testamēto exprimere, imposito quoque hæredi onere elogium probandi, cùm olim ita jus esset, ut nisi hæres ultrò probationem suscepisset, causam aliquam certam allegando, (quo refer *l.*22.& *d.l* 30. *C.eod.*) ipsi liberi docere tenerentur, se morigeros atque obsequentes semper fuisse, *l.* 5.§.1.*eod.l.liberi* 28.*C. eod.* Hinc duplex exorta quæstio. 1. An nullus alias ob causas, quantumvis pares aut maiores, quàm quæ *d. Nov.* 115.*c.*3, expressæ sunt; exhæredatio permittenda. 2. Vtrùm si exhæredatio facta sit sine elogio. id est, sine causæ expressione, testamentum ex d. constitutione ipso jure nullū sit, an jure adhuc subsistat, atque ad illud rescindendum querela etjamnum sit opus. Primam quæstionem quod attinet, quamvis sententia Connani, *l.*9.*comm.*10. Vig *ad* §.*ult.sup.de exhær.lib.* aliorumq; qui eos sequuntur, negantium, ob alias causas, licet æquè grave aut graviores, exhæredationem fieri posse, verbis *Nov.* convenire videatur: tamen mihi persuadere non possunt, eam fuisse mentem Iustiniani, quam illi esse censent: & summa ratio suadet, ut contra sentiam. Etenim si verbi gratia manus parenti filius ipse non intulerit, secundùm *d.Nov.c.*3.§.1.sed inferre

infere passus sit, cùm facilè prohibere posset; idemque finge de injuria, §. 2. Patrem ipse non accusaverit, juxta §. 3. sed accusationem instruxerit, juverit pretio, consilijs, probationibus. Insidiatus ipse patri non sit, §. 4. insidias autem, cùm posset, non detexerit. Falsum testimonium ipse non dixerit, *sec.* §. 8. at qui dicerent, subornarit. Quid si horum fratris violare ausus sit? Quid si lenocinio palàm quæstũ faciat? &c. Quis hæc aut atrociora filium patrantem dignum neget, qui fulmine feriatur exhæredationis? At inquis, odiosa est exhæredatio, ac proinde interpretatione non est adjuvanda, *l. cùm quidam, 19. de lib. & posth. c. odia de reg. iur. in 6.* Imò contrà vel magis odiosum, patrem cogi ut impio & indigno filio bona sua relinquat. Equidem concedo, ubi de hypothesi quæritur, de scriptura testamenti, de facto exhæredati, de voluntate exhæredantis, cum similibus, exhæredationem adjuvandam non esse: cæterùm ubi θετικῶς de legis vi atque interpretatione disputatur, hoc semper legibus ineſſe, ex mente conditorum, credi oportet, ut quia omnes casus, qui quandoque incidere possunt, comprehẽdere nequeunt, ad eas quoque res & causas pertineant, quæ quandoque similes erunt, *leg. 10. cum 3. seqq. l. ideo, 27 de legib.* Neque hinc excipiuntur leges pœnales: nam & illæ utiq; leges sunt; & obvia passim responsa Iurisconsultorum, etiam leges publicorum judiciorum, ad hunc, quem diximus, modũ interpretantium, *l. 11. de pœn. l. 13. de testib. l. 7. §. 2. de jurisd. l. 7. ad leg. Iul. maj. §. 3. Tuld. 2. iurisp. extemp. c. 5. pag. 202.* ubi distinguit, utrùm par & eadẽ sit ratio, an similis tantùm, *l. 3. de leg. Pomp. l. 2. §. 28. & seq. ad Tertul. iunct. l. ult. §. ult. qui pet. tut. l. 8. de sepulcr. viol. l. de aleat.* Dixeris, hoc admisso, Imperatorem non assequi scopum suum, sed causas adhuc incertas manere, nec quatuordecim tantùm, sed infinitas fore. Respõdeo, ex his constitutionis verbis, *ut prater ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quæ in hujus constitutionis serie continentur*, satis patet, quis Iustiniano copus propositus fuerit. Horum enim verborum on alius sensus, quàm quod non liceat ex legibus tiquis causas opponere, quæ in d. constitutione n continentur. At tales causæ non sunt, quæ vel jores sunt, vel pares expressis, sed leviores dunt at, aut dispares: quippè cùm de similibus semp ut de expressis habendum: facit huc, *c. 1. §. 2. vers. sed quia natura, lib. 2. feud. tit. 24. quæ fuit prim. ca. bon. amitt.* Atque hæc sententia etiam communis est, usuque apud omnes recepta. *DD. in auth. non licet, C. de lib. prat. Clar. §. testam. q. 41. n. 2. Gomez 1. resol. 11. Schneid. hic, n. 15. Gudelin. lib. 2. de jur. noviss. cap. 8. Christin. vol. 4. decis. 19. n. 5. Grot. lib. 2. manud. cap. 18.* ubi notat, in his regionibus illud quoque semper obtinuisse, ut filia minor 20. annis, nubens citrà consensum patris aut matris, ab eodem patre aut matre ob hanc causam exhæredari possit: convenit, *art. 25. cap. 2. statut. Zeland.* In altera quæstione numero vincunt, qui ad validitatem testamenti negant sufficere exhæredationem simplicem seu factam sine causæ insertione, & ad hoc omninò requirunt qualificatam: quod si verum est, nullus usus querelę relinquitur in linea recta, præterquàm unico illo casu, cùm exhæredationi aut præteritioni additũ est elogium: quæ sententia fuit Ioannis, relata à Glossa in *l. 5 h. t.* probata plerisque interp. *in auth. ex causa, C. de lib. prat. Clar. d. §. testam. q. 40. Gomez. d. c. 11. Covar. in c. Raynutius p. 1. n. 7. c. 16. VVesemb. par. h. t. n. 7.* & novissimè latè defensa *à D. Bachovio hic.* Cæterum ut pluribus hæc sententia placeat, non desunt tamen, qui eam taxent, ut constitutioni Iustiniani minimè consentaneam: & sanè non immeritò, meo quidem judicio. Nam qui diligenter eam constitutionem evolvet, comperiet ex tenore, Imperatorem non agere de iis, quæ ad internam testamenti solemnitatẽ ritumque exhæredationis pertinent, sed de causis, ob quas facta exhæredatio justè vel injustè facta intelligatur: at injustitia exhæredationis non vitiat testamentum ipso jure. Et vide quæso, quæ isti sententiæ sint consequentia. Efficitur ex ea, ut testamentum nullum sit, etiam si præteriti sint liberi emancipati; etiamsi præteriti sint liberi sine elogio, qui nunquam in potestate fuerunt; ut posthumi exhæredati nativitate rumpatur testamentũ; ut infantium atque adeò impuberum ferè omnium exhæredatio nullius momenti sit: denique ut tantùm non liberi matribus, parentes liberis suis hæredes fiant. Atque ita deletur bonorum possessio contra tabulas: delatur, *§. emancipates, 3. item §. sed hæc quidem, 5. & §. ult. sup. de exhær. lib.* Delentur maxima ex parte, *tit. π'. C. & Inst. de inoff. testam.* item *l. ult. C. de lib. prat.* Quis verò credat, tot capita juris veteris à Iustiniano tacitè abrogata qui nunquam solet quicquam ex jure veteri mutare, nisi cum expressa mẽtione ejus juris, quod abrogare constituit, & commendatione novi? Refragantur etiam verba, *d. constitutionis, c. 3. circa fin. & c. 4.* ubi cùm jussisset Imperator, si exhæredatio aut præteritio facta esset cum elogio, idque elogium probassent hæredes, firmum manere testamentũ, sive, ut est in authentico, ὃ τὴν ἰδίαν ἰσχὺν διαῤῥῆγνυν, πλὴν ἰδίαν ἔχειν ἰσχὺν, subjicit, si hoc observatum non fuerit, testamentum irritum reddi atque everti: utitur enim verbis ἀκυροῦσθαι & ἀναιρεῖσθαι: quæ de iis tantùm prædicari constat, quæ ab initio constiterunt: &

quod

quod notandum, everti non in totum, sed quoad institutionē duntaxat, cætera capita firma manere. Ergò in totum ab initio subsistit. At quo remedio evertetur? Non alio haud dubiè, quàm querela inofficiosi, quæ una exhæredatis supererat. Arguit hoc accurata illa causarum ingratitudinis, de quibus in querelæ judicio agitur, definitio; quæ causā novæ cōstitutioni dedit. Ad hæc si dicimus, liberis omnibus, sine elogio exhæredatis aut præteritis, testamentum potestate d. constitutionis nullum esse, non liberis tantùm consulimus, sed extraneis etiam defuncti legitimis hæredibus: quippè ad quos tum, liberis aut repudiantibus, aut antè parentem, aut priusquàm hæreditatē adierint, mortuis, hæreditas defuncti ab intestato perventura sit, exclusis scriptis hæredibus, qui alioqui ex testamēto iisdem rebus intervenientibus venturi essent. Iustinianus autem liberis duntaxat prospicere voluit, ne his noceret exhęredatio, nō consulere aliis contrà scriptos testamento hæredes. Postremò ut ex dictis liquet, non fuit ei propositū tollere inofficiosi querelam, sed proniorē atque expeditiorē ei viam facere; uniq́ue potissimùm rei affert remedium, ne scilicet liberi exhæredati aut præteriti, ob difficultatem probandi se semper officiosos fuisse, parentū hæreditate excíderent. Cùm ergò duplicem effectum exhæredatio jure veteri habeat: unum hunc, ut absolvat internam testamenti paterni solemnitatem, ut ne nullum sit ob præteritionem, ad quod sufficit ritè factā esse, etiamsi injusta sit: alterum, an exhæredatum submoveat ab hæreditate, ad quod insuper exigitur, ut facta sit justis de causis: posteriorē effectum tantùm Iustinianus restringere voluit: priori in suo statu relicto. Sive igitur nulla causa à testatore expressa sit, sive aliqua, quæ tamē non sit ex iis, quæ *d. Nov. 115. c. 3.* continentur, aut ex iis quidem, sed in cuius probatione hæres deficiat, utiliter & cum effectu exhæredatis de inofficioso hodieq́ue aget, & postulabit, ut testamentū rescindatur, resq́ue redigatur ad causam intestati. 4 Idemq́; erit, si liberi præteriti sint, ab iis sc. parentibus, quorum præteritio pro exhæredatione est, ut matris & avi materni, licet causa adjecta non sit, & falsum est, quod plerisque pro vero nobis obtrudunt, præteritionem maternam pro exhæredatione amplius non haberi, sed ex hac causa æquè nullum esse testamentum, ac si pater præteriisset, nisi præteritioni addita sit causa ingratitudinis; necessitatem quodammodo exhæredandi contra rationem juris illic introducentes, ubi non est suitas, *l. 11. de lib. & posth. l. 4. §. 2. cont. tab.* Ita concludimus cum *Fulgos. & Don. in d. auth. ex causa Vigl. ad rubr. hic. Duar. c. 3 ad hunc tit. Cujac. ad Nov. 18. Fachin. 4. contr. 9. Vasq. lib. de suc. creat. §. 20. n. 162. & seq. Perez ad Cod. de lib. præt. num. 13. Gudelin. lib. 2. de jur. nov. c. 4.* Atque ita in utraque Curia Hollandiæ judicatum refert *Neostad. decis. supr. sen. 99.* contra quam Curia Frisiæ apud Sand. *lib. 4. tit. 2. def. 2.* Argumentis, quæ pro contraria sententia afferuntur, ex his, quæ dicta sunt, nullo negotio occurri potest; & sunt pleraque ex eorum genere, quæ Græci ἀντιστρέφοντα vocant, id est, quæ in ipsos auctores retorqueri possunt. Postremò minimi pretij sunt, quæ illi putant esse maximi, quale est, quod sexto loco adducit Bachovius, frustraneam aiens esse eā actionem, in qua actor non potest succumbere, &c. Ergo frustra est, quod posthumis aut infantibus exhæredatis, *§. 2. inf. l. si quis 33. §. 1. C. h. tit.* item ex constitutione Iustiniani *l. omnimodo 30. C. eod.* liberis omnibus exhæredatis, non addito, quia ingrati fuerunt, actio de inofficioso datur: quoniam nunquā non possunt vincere. Considerare debuerant, non frustra esse, quod leges testamentum consistere volunt, ut saltem iis casibus, quos modò commemoravi, incidentibus voluntas defuncti exitum habeat, eiusdem ponderis est argumentum, quod Bachovius producit vice corollari, nempe legitimam relinquendam esse liberis titulo institutionis. Ne sit relicta isto titulo, an propterea sequitur, testamentū ipso jure nullum esse? Sed de eo plura inferiùs. In hisce regionibus passim necessitatē exhæredandorum liberorum, si hæredes non instituantur, non agnoscimus; utpote quæ suorum tantùm hæredum propria est, quales hæredes nos non habemus: sed præteritio non matris tantùm, verùm etiā patris pro exhæredatione habetur, exemplo militarium testamentorum, *§. sed si 6 sup. de exhær. lib.* Intelligo ut ipso jure valeat testamentum, non quin tanquā inofficiosum rescindi possit, & res ad causam intestati pronuntiatione judicis redigi. Nam querelā inofficiosi modis omnibus etiam nos retinemus, si iniquè & contra officium pietatis exhæredatio facta proponatur, *vid. Gudelin. l. 2. de jur. nov. c. 5. Grot. l. 2. manuduct. ad iurispr. Bat. c. 18. Christin. vol. 4. dec. 20. n. 8. Groenewv. de ll. abrog. hic.*

Inductum est] Verbum *inducere* plurimū refert ad jus non scriptū, aut ad id jus, quod ex interpretatione prudentum profluxit, *l. 2. §. 5. de orig. iur. quibus 32. de leg. l. Gallus 29. de lib. & posth. l. 2. de vul. & pup.* Unde existimare licet, querelā inofficiosi testamenti non lege aliqua scripta introductam esse, sed moribus, aut, quod probabilius est, interpretatione consultorum. D. Cujacius *l. 2. obs. 21.* ex lege Glicia eā deducit: sed hoc ideò probabile non est, quoniam nullis certis personis nominatim potestas experiundi hoc judicio concessa fuit, *l. 1. hoc tit.* lege

lege autem si foret, certæ personæ expressæ essent, quibus hæc actio competeret. Adhæc si lex aliqua de hoc judicio lata esset, nihil opus fuerat, colorem aliunde quærere, cujus prætextu testamentū, quasi ab homine non sanæ mentis factum, everteretur: quippè quod tunc vigore & auctoritate solius legis rescindi oportuerit. Color autem iste dubium non est quin inventus atque excogitatus sit ab iis, à quibus alia id genus commenta & fictiones omnes manarunt, hoc est, à jureconsultis. Denique si lege aliqua hoc judicium constitutū esset, procul dubio mentionem illius legis feciſſet *Val. Max. lib. 7. c. 7.*

Vt de inofficioso agere possint] Pro eodem Iurisconsulti dicunt, agere, queri de inofficioso, arguere, accusare, dicere inofficiosum, quæ legentibus passim in tit. hujus argumenti occurrunt, ut & nomina querelæ, actionis, accusationis: nullo tamen nomi-6 ne frequentius hoc judicium designatur, quàm querelæ. Estne ergò querela & ipsa actio, an remedium aliquod ab actione separatum, sive imploratio tantùm officii judicis nobilis, ut loquuntur, eò pertinens, ut testamentum rescindatur, quo rescisso demùm agi & hæreditas peti possit? Non est, quod dubitemus affirmare, quod tot locis manifestè traditum est, querelam ipsam actionem & petitionem esse, perque eam sic impugnari testamentum, ut simul vendicetur hæreditas. Qui dicit inofficiosum, cùm Papinianus ait hæreditatem petere, *l. 8. §. quoniam, h. t.* Scævola petitionem hæreditatis exercere, *l. qui de, 20. eod.* Paulus *l. eum qui, 21. §. ult. eod.* ait, per querelam inofficiosi evinci hæreditatem. Ulpianus vendicari facultates, *l. si instituta, 27. §. 3. eod.* Triphoninus, *l. pen. cont. tab.* filium exhæredatum ex causa querelæ inofficiosi movendæ admitti ad petitionem hæreditatis. Iustinianus hæreditatis petitionem ex nomine de inofficioso constitui, *l. si quis, 34. C. eod.* Unde quoque est, quod is, qui querelam moturus est, agnoscere debet bonorum possessionem litis ordinandæ gratia, *l. b. §. ult. 7. l. 8. in pr. eod. l. 2. C. eod.* Hoc enim non aliò pertinet, quàm ut is, qui ex causa inofficiosi hæreditatem petit, hæres esse videatur: quanquam in suis hæc possessio nō est necessaria, *d l. 7.* uti nec aditio, *l. 14. de suis & legit.* de quo consule *Vigl. in rubr. & §. 2. h. t. Duar. cap. 8. ad hunc tit. Govean. 1. var. lect. c. 5. Vasq. lib. 3. de succ. resol ad l. 2. C. eod. Vaud. 2. q. 24. Don. 19. comm. cap. 3.* Interpretes comm. & cum his *Sichard. in rubr. C. h. t. n. 3.* existimant, querelam esse judicium præparatorium, quo aditus patefiat ad judicium universale seu petitionē hæreditatis, sicut actio ad exhibendum præparatoria est rei vendicationis; atque ita duo hic esse judicia; quorum alterum, scil. querela, præcedat; alterum, petitio hæreditatis, sequatur; quod falsum est: nam ipse titulus inofficiosi causa est, ex qua vendicatur hæreditas, *l. 3. C. de pet. her.* neque duo hic judicia sunt, sed unum, quo & testamentū impugnatur & simul petitur hæreditas; sicut per actionem usucapionis rescissoriam & usucapio rescindi petitur & simul res vindicatur: de quo sub *§. 5. inf. de actionib.* Planè etsi querela quoque petitio hæreditatis est, in multis tamen differt à petitione hæreditatis simplici, de qua post *tit. de inoff. test. in π. & C.* generalis titulus datur, quæ hic congerere nimis longum foret. Duo solùm argumenta refellam, quibus effici videtur querelam inofficiosi hæreditatis petitionem non esse. Primum tale est: Petitio hæreditatis datur solùm adversus eum, qui cùm hæres nō sit, pro hærede próve possessore possidet, numquam adversus hæredē, eúmve, qui pro hærede sit, bonorū scilicet possessorē aut fideicommissarium, *l. 9. cum seqq. de her. pet.* At querela datur adversus hæredē scriptum, contrà fideicommissarium, *l. 1. C. h. t.* contrà præteritum, qui accipit bonorum possessionem contrà tabb. *l. pen. cont. tab.* Respondeo, scriptū testamento inofficioso hæredem non esse, utiq; cum eo agi, tanquam qui hæres non sit, utpotè scriptus ab eo, qui testamenti factionē non habuisse judicatur, *l. qui repudiantis, 17. §. 1. h. t.* & proinde eum teneri, quasi pro hærede aut pro possessore possideret, ut disertè rescriptū est de eo, cui ex testamento inofficioso restituta est hæreditas, *l. 1. C. eod.* Alterum est hujusmodi: Omnis petitio hæreditatis aut ex testamento sit oportet, aut ab intestato, *l. 1. 2. & 3. de her. pet.* querela autem inofficiosi ex neutra causa est; non ex testamento, quia datur iis, qui testamento excluſi sunt: nō ab intestato; quia quamdiu testamentū extat, causæ intestati non est locus, *l. quamdiu, 39. de acq. her.* Sed patet ex responsione ad objectionē præcedentem, querelam inofficiosi esse petitionē quandam hæreditatis ab intestato, quia prætenditur color dementiæ testatoris; uti & reverà si judex contrà testamentū pronuntiaverit, res ad causam intestati redit, retroq; versus perinde omnia habentur, ac si hæreditas nunquam adita fuisset, *l. 6. §. 1 l. eum qui, 21. §. 2. h. t.* Stet igitur hæc sententia, querelam etiam ipsam esse actionē, & nimirū speciem quandā petitionis hæreditatis, qua vendicatur hæreditas, tanquā ab intestato delata, ex causa inofficiosi testamenti: cum qua sententia ferè vi ipsa convenit, quod Io. Fab & alii hic notāt, posse querelā cum petitione hæreditatis cumulari. Obiter addo, & per modū contradictionis seu exceptionis querelā induci posse, veluti si exhæredatus sit in possessione hæreditatis, & hæres scriptus hæreditatem petat, *l. 8. §. si filius, 13. eod.* adeoque

berum etiam esse exhæredato, simplici petitione hæreditatis experiri, deque titulo excipienti reponere, se queri de inofficioso, atque ita querelam inducere per modum replicationis. *Paul. 4. sent. 5.*

Aut iniquè se exhæredatos, aut iniquè præteritos] Rursus hæc duo conjungit, exhæredare & præterire, ut paulò antè, & *Marcell. l. 3. eod.* nimirum quia non exhæredatis solùm, sed etiam præteritis de inofficioso agere licet; præteritis sc. ab iis parentibus, quorum præteritio vim exhæredationis habet: Et igitur horum alterum, *exhæredatos*, nemo est, qui non videat ad patrem referri, alterum, *præteritos*; ad matrem & avum maternũ. Quod ideò iterùm hic moneo, ut appareat, nullam esse causam, cur interpp. vulgò ex eo, quod auth. *ex causa, C. de lib. præt.* generaliter & indefinitè ab Irnerio concepta est hoc modo, *Ex causa exhæredationis vel præteritionis irritum est testamentum, quantùm ad institutionem: cætera namq; firma manent*, collegerint, id jus ad præteritionem quoque paternam pertinere, ut quamvis tale testamentum ab initio nullum sit etiam jure novo, tamen hoc jure duntaxat nullum esse quoad institutionem, non quoad cætera capita, putà legata, libertates, dationem tutorum: atque hactenus etiam in proposito jus vetus mutatum, *l. 1. l. filio, 17. de injust. rupt. cum similib.* Etenim animadvertere debuerant, Iustinianum in *Nov. 115. c. 3.* unde dicta *auth.* sumpta est, non aliter loqui, quàm hoc ipso loco. Sancit enim, non licere patri vel matri liberos suos exhæredes facere aut præterire, nisi forsan probabuntur ingrati, &c. quæ prædicata propriis subjectis attribuenda sunt, ut exhæredes facere nõ liceat patri, matri non liceat præterire; quemadmodum hoc loco alterum propriè ad patrem, alterum ad matrem referri constat. Liquet hoc ex eo, quod *d. Nov. c. 3.* apertè profitetur, hoc solùm sibi propositũ esse, ut injuriam exhæredationis & præteritionis à liberis avertat. Iam verò injuria ea propriè est, quæ vel exhæredatione vel ea præteritione infligitur; quæ vim exhæredationis habet, *l. 8. in pr. h. t. l. 4. v. sf. quod si fuisset circa med. C. de lib. præt.* Præteritis à patre cum effectu non inferebatur injuria; quippè qui testamentum nullum dicebant: exhæredatis & à matre præteritis inferebatur; quæ etsi vindicabatur judicio de inofficioso, tamen si legitima portio quovis titulo relicta fuerat, quantumvis liberis obsequentissimis, injuria illa manebat. Cui rei occurrere voluit Iustinianus, atque ea de causa constituit, ut non sufficeret in posterum ad excludendam querelam, legitimam quolibet titulo relictam esse: sed necesse esset liberos vel hæredes institui vel exhæredari. Cæterùm quia illata per exhæredationẽ aut præteritionem injuria satis tollitur rescissa institutione, sufficere etiam ei visum fuit, institutionem solam rescindi salvis cæteris capitibus, cùm olim querela omnia rescinderet. Nihil hoc pertinet ad præteritionem paternam, ex qua causa testamentũ aut ab initio nullum est, aut rumpitur agnatione sui hæredis, aut per bonorum possessionẽ contra tabulas evertitur, neque ad eam produci sine insigni liberorum læsione potest. Atque hanc sententiam Azoni & plerisque veterum probatam fuisse, testatur *Ias. in d. auth. ex causa, n. 1.* sequitur *Cujac. in l. filio, 17. de injust. rupt. Govean. in l. de vulg. & pup. n. 27. Vvesemb. ad §. 5. sup. de exhær. lib. diss. vulgò DD.* & ex recentioribus *Duar. in tit. de injust. rupt. c. 3. Don. in d. auth. n. 6. & 7. Connan. 9. comm. 8.* Sunt, qui interesse existimant, utrùm præteritio ignoranter à patre facta sit, an scienter: illo casu totũ testamentũ corruere, nisi adjecta sit clausula codicillaris: hoc autem sive posteriore casu legata & fideicommissa firma manere: quæ sententia præjudiciis curiarum supremæ jurisdictionis robur accepit, *Ant. Fab. C. suo de lib. & posth. defin. 1. Christin. vol. 4. decis. 9.* & probatur D. Tuldeno, *in comm. hic, c. 1.* Cæterùm vide, quæ sup. *num. 5.*

7

Hoc colore quasi non sanæ mentis fuerint] *L. 2. l. 5. §. 1. l. Titia, 13. eod.* ac proinde quasi testamenti factionẽ non habuerint, *l. qui repudiantis, 17 §. 1. eod.* Unde etiam est, quod cùm contra testamentũ pronuntiatum esset, nihil ex eo testamento valebat, *l. 8. §. pen. d. l. Titia, l. cùm mater, 28. eod.* Quæsitus autem hic color fuit, ne sani hominis testamentũ impugnari videretur contra auctoritatẽ legis duodecim, quæ liberam undiquaque potestatẽ testandi patrifam. concedit, *l. verbis, 120. de verb. sign.* Maximè autem liberis hoc colore iniquitatem exhæredationis regere convenit ob verecundiam. Bartolus in *d. l. Titia*, putat, colorẽ istum dementiæ jam non ampliùs prætexi posse, quia demens videri non potest, qui filium ex justa causa exhæredat: præsupponit enim, non aliter querelæ locum esse. Sed ut ita sit, quid si falsum sit elogium? quod præsumitur, si ab hærede non probetur. Nunquid falsam causam objicere filio immerenti contra officium pietatis propè furiosi hominis esse videtur? Planè dicendũ hodie est, colorem istum furoris tantùm prætendi ad rescindendã institutionẽ, quod testamenti principale est, cùm cætera capita tanquã à sano homine facta beneficio novæ legis conserventur, *d. auth. ex causa*, ita contra Bart. Viglius & Mynsinger hic disputant.

8

Non quasi verè furiosus sit] Cujus testamentum inofficiosum arguitur, quasi demens, non verè demens dicitur, *l. 2. l. 5. §. 1. hoc tit.* nam qui filium immerentem exhæredat, patrem qui præterit, propè

propè à furioso abesse fingitur, eo quod non sentiat, sibi se esse injurium, cùm liberis aut parentibus injuriam facit. Quod verò testamentum à verè demente factum est, id inofficiosum accusari non potest, quia nullum est, factum quippè ab eo, qui testamenti factionem non habet: ac proinde hoc non attento rectà succeditur ab intestato.

Non ex officio pietatis] Καὶ ἀνπῆς τῆς φύσεως σχεδὸν ἐξελθὼν ἀπόλεσε τὸ πατέρα, τὸ φιλόσοργον, τὸ ἥμερον, &c. *ipsamq; deserens naturam, exuit nomen patris*, &c. quod propè à furore abest.

TEXTUS.

1. *Non autem liberis tantùm permissum est, testamentum parentum inofficiosum accusare, verùm etiam liberum parentibus. Soror autem & frater turpibus personis scriptis hæredibus prælati sunt. Non ergò contrà omnes hæredes agere possunt. Vltrà fratres igitur & sorores cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.*

NOTÆ.

1. INOFFICIOSUM ACCUSARE] pro eodem dicunt nostri, agere, queri de inofficioso, arguere, accusare, dicere inofficiosum. Una autem eademque actione & rescindi testamentum petitur, & vindicatur hæreditas tanquam ab intestato, *l.* 8. §. 8. *l.* 20 *l.* 21. §. *ult. l.* 27. §. 3. *eod.* Cujac. *par. C. eod.*

ETIAM PARENTIBUS] *l.* 1. *eod.* quippè quibus turbato ordine mortalitatis non minus, quàm liberis piè relinqui debet, *l.* 15. *eod. l.* 7. §. 1. *si tab. test.* Datur autem querela non patri solùm, sed etiam matri, *d. l.* 1. *l.* 14. *& seq. eod.* nec interest, exhæredati sint, an præteriti, dummodò injustè. Nam ex justa causa, una illarum octo, quæ enumerantur, *Nov.* 115. *cap.* 4. cum effectu exhæredari possunt, modò exhæredationi addatur elogium.

SOROR ET FRATER] Hebræorum jure uterini pro fratribus non habebantur, *Mos. Maimonid.*

AUT AGENTES VINCERE] Si tamen egerint, & nemine eos repellente obtinuerint, prodest eorum victoria proximis ab intestato, *leg.* 6. §. 1. *eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui liberi de inofficioso agere possint.*
2 *Cur placeat etiam parentibus querelam dare, & quibus quando detur.*
3 *Contra rationem juris tam veteris, quàm novi, esse videri, quod statim post liberos ad querelam admittantur parentes; quàm difficultatem pauci cernant.*
4 *An jure novissimo fratres unà cum parentibus ad querelam admittendi, aut illis saltem prosit horum victoria.*
5 *An fratres uterini hodie cum consanguineis concurrere debeant, aut his vincentibus illi quoque ad successionem ab intestato venire.*
6 *An spurii in quæstione proposita pro turpibus personis habendi.*

NON *autem liberis tantùm*] Querela inofficiosi testamenti primò competit liberis: & meritò; quoniã prima eorum causa est in successione ab intestato: utpotè quibus ratio naturalis, quasi lex quædam tacita, parentum hæreditatem addicit, velut ad debitam successionẽ eos vocando, *l.* 7. 1
de bon. damnat. daturque liberis omnibus cujuscumque sexus aut gradus sint, & tam emancipatis, quàm in potestate constitutis, *l.* 7. *h. t. l.* 8. *in pr. cont. tab.* item qui nunquam in potestate fuerunt, §. *ult. sup. de exhær. lib.* tam adoptivis, quàm ex nuptiis quæsitis; servata tamen distinctione, *l. pen. C. de adopt.* In impubere arrogato speciale est, quod queri non potest, quia quartam habet ex constitutione D. Pij, *l.* 8. §. *si quis*, 15 *h. t.* Datur & legitimatis per §. 2. *inf. de hær. quæ ab int. Nov.* 89. Datur nõ tantùm liberis jam natis, verùm etiam posthumis, & tam alienis, quàm suis, *l.* 6. *in pr. eod.* §. *seq. in fin.* ubi plura. Illud penè supervacuum, monere; querelam competere iis liberis duntaxat, qui jus succedendi habent: nam qui non habent, cum iis neque legitima debeatur, de inofficioso queri nõ possunt. Proinde liberi illegitimi, sive vulgò quæsiti, sive nati ex concubina patris, testamentũ inofficiosum non dicunt: de matris autem agere possunt, *l. si suspecta*, 29. §. 1. *eod. vid. Bart. Salic. Castr. in l pen. C. ad sen. Orfic.* Ex privilegio est, quod de inofficioso testamento militis nemo queri potest, *l. Papin.* §. *si quis* 4. *l. si instit.* 27. §. 2. *eod. l.* 9. *l. testam.* 24. *C. eod.* DD. plerique *in d. l.* 9. tradunt, hodie etiam militũ testamenta querelæ esse obnoxia, & ita usu servari. Autumn. *ibid.*

Liberorum parentibus] Post liberos secundo loco querela datur parentibus. Nam etsi parenti- 2
bus non debetur filiorum hæreditas propter votum parentum & naturalem erga filios charitatem: turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus, quàm liberis piè relinqui debet; ut benè & piè Papinianus in *l. nam etsi*, 15. *hoc tit.* Id autem hanc habet sententiam: etsi naturæ ordo parentumque affectio & votum hoc sit, ut liberi superveniant & succedant parentibus, atque idcircò non sic parentibus, quos sola ratio

miserationis admittit, liberorum debeatur hæreditas, uti liberis parentum; quos admittit naturæ simul & commune parentum votum, ut idem Papinianus scribit, *in l.7. §.1. unde lib.* tamen turbato ordine mortalitatis, id est, si cõtingat liberos prius ex hac vita evocari, & præpostera atque immatura morte abripi vivis adhuc parentibus, rationem pietatis seu miserationis exigere, ut ne parentes à luctuosa liberorum suorum hæreditate excludantur. Ex quo potrò intelligimus, contrà officium pietatis facere liberos, qui parentes suos sine causa exhæredant aut prætereunt, atque ob eam causam parentibus quoque actionem de inofficioso dari. Datur autem parentibus itidẽ omnibus sive masculis sive fœminis, *l.1.l.14. & seq. eod. l. cum filium*, 17. *C. eod.* qui modò ad successionem liberorum vel legitimo jure vel honorario venturi fuissent; de quo statuendum ex iis, quæ de liberis dicta sunt. Exhæredati sint parentes, an præteriti, nihil interest: nam hæc in linea adscendentium & collateralium non differunt. Cæterùm ut effectũ habeat exhæredatio aut præteritio, tutumque sit testamentum ab expugnatione, cum elogio hic quoque facienda est, vel una saltem ex causis, ob quas parentes exhæredari aut præteriri permisit Iustinianus, testamento inserenda, *Nov.* 115. *c.* 4. Causæ autem hujusmodi admissæ octo tantùm, quæ ordine enumerantur, *d. c.* 4. *§.1. & seqq.* nimirũ pauciores
3 hic causæ sunt, quàm in liberis, propterea quod parentibus multa conceduntur in liberos, quæ à liberis in parentes commissa pœnam merentur. Illud difficultate non caret, quod parentes statim post liberos ad querelam admittimus, sive veteris juris ratione consideramus, sive novi Iustinianæi. Nam antè novellam Iustiniani legẽ fratrum prior atque potior in querela, quàm parentũ causa, fuisse videtur, *arg. l.4. C. de bon. quæ lib. l.2. C. ad Tertull. l. ult. C. comm. de success. pr. sup. quib. non est perm. fac. testam. vers. si verò.* quibus locis ad successionẽ ab intestato demùm post fratres patrem vocari legimus. Iam verò ratio juris postulat omninò, ut quo quisque ordine ad successionem à lege vocatur, eodem ordine admittatur ad querelam, per quam res ad causam intestati redigitur: quo enim quisque potiore jure est in causa successionis, eo majorem exhæredatus aut præteritus patitur injuriam. Fac ergò, verbi causa, Titium, cùm patrem & fratrem haberet, utroque præterito hæredem instituisse in bonis castrensibus: quid tam absurdum est, quàm si dicamus, patrem solùm queri de inofficioso posse, excluso que fratre hereditatẽ consequi, ad quam testamento non facto solus frater venisset excluso patre? *d. fr. vers. si verò sup. quib. non est perm. fac. testam.* Ego non dubito, quin à posterioribus Principibus istud constitutũ sit, non animadvertentibus, quæ inde consecutura esset veteris juris perturbatio. Nam si de jure, quod in ☞ relatum est, quæratur filius fam. hęredem ab intestato habere non poterat, sed pater jure peculij bona, quæ filij fuerant, (alia autem, quàm castrensia & quasi castrensia non erant) occupabant, *l.2. l.9. de castr. pec.* Quod si filius de his bonis, quod ipsi permissum erat, testamentum fecisset, id testamentũ querelæ non erat obnoxium; atque id jus etiam Iustinianus confirmavit, *l. ult. C. h. t.* Cæterùm sustulit, *Nov.* 115. *c.* 4. *in pr.* ut verba illa, *in quibus habent testandi licentiam*, manifestè ostendunt. In successione autem filij emancipati pater manumissor præferebatur defuncti fratribus, & omninò jure patris potior erat, ut mirum non sit, in querela quoque fratribus prælatum fuisse: quæ omnia à me copiosius tractata sunt sub *§. ult. inf. de leg. agn. success.* Mater ex Senatusconsulto Tertullino ad legitimam hęreditatem liberorum vocata fuit, ita tamen, ut fratres consanguinei matrem excluderent, *§.3. infr. de sen. Tertull.* Unde sequi videtur, eos etiam ad querellam antè matrem admissos fuisse. Nihil tamen definio. Noviss imo jure, post quàm placuit fratres defuncti unà cum parentibus admitti ad hęreditatem, *Nov.* 118. *cap.* 2. dicendum videtur, etiam simul eos cum parentibus admitti ad querelam: aut si hoc minus placet, dicam, fratres saltem admittendos parente repudiante, utique si turpis persona instituta sit: quippè cùm tunc ex sua persona frater querelam movere possit. Utut est, illud extrà controversiam positum esse debet, victoriam parentum fratribus quoque prodesse, cùm nulla sit ratio, cur rescisso testamento, & re ad causam intestati deducta fratres excludantur. Et ita quoque sentiunt *Ioan Fabian. Aug. Baro & Mynsing. hic*, licet aliud Viglio & D. Tuldeno *ad tit. de hared. quæ ab int. cap.* 8. videatur, putantibus, hoc pacto fraudem legi fieri: sed falsò; cùm maximè sit ex sententia legis, ut fratres unà cum parentibus ab intestato succedant, *d. Nov* 118. *cap.* 2. Neque novum est, ut quis, aliquid commodi propter tertium percipiat, quod per se ipse non habuisset, *l. cùm hæreditate, 55. de acquir. hared. l.* 10. *§. ult. contr. tab. l.3. in fin. qua res pign. dar. l.* 10. *quemad. serv. am. l* 5. *§.* 2. *ad SC. Tertull.* Apud nos iis demùm in locis parentes ad querelam admittuntur, ubi vocantur ad successionem: de quo *sub d. tit. de hær. quæ ab. int. add. D. Coren. observ.* 10 *num.* 8. *& seqq.*

Soror autem & frater] *l.* 1. *hoc tit. l. fratris*, 21. *C. eod.* Fratres autem & sorores hic intelliguntur 5
germani aut consanguinei sive ὁμοπάτριοι; nam uterini.

uterini ab actione de inofficioso contrà testamentum fratris aut sororis penitus arcentur, *l. fratres, 27. C. eod.* Hodie verò cùm fratres uterini in successione concurrant cum fratribus consanguineis, consequens est, ut etiam in querela cum iisdem concurrant, aut saltem vincentibus illis simul ad successionem intestati veniant.

Turpibus personis] *d. l. fratres, 27. C. h. t. l. 3. C. Theod. eod.* Itaq; fratribus querela datur, non simpliciter, ut præteritis, sed ut postpositis turpi personæ; atque adeò odio scripti hæredis. Cùm autem turpis persona definiatur à Constantino, *qua vel turpitudinis vel infamiæ vel levis notæ macula aspergitur, d. l.* 6 *fratres.* Quæsitum est de spuriis, num & illi talium personarum numero habendi. Spuriorum causam cum DD. comm. defendunt Gabriel Palæot. *tract. de nothis spuriisq; lib. c. 55. & seqq. Hartm. Pistor. lib. q. 30. n. 26. & seqq. D. Tulden. hic, c. 3.* quia, ajunt, neque jure infames sunt, neque ipsi quicquam admiserunt, quod existimationē eorum lędat apud bonos viros: *crimen autem paternum nullam maculam filio infligere posse, l. crimen, 26. de pœn. nativitatem, quæ vitio aut culpa verti nemini potest, pœna esse non debere: undecunque homines nascuntur, si parentum vitia non sectentur, honestos esse. Augustin. cap. undecunque, dist. 56* Cæterùm ut hæc vera sint, negari tamen non potest, quin labes aliqua & macula spuriis adhęreat, non quidem ex facto sic nascentium, ceu pœna, inusta; sed ex vitio ac defectu natalium contracta: unde eos opprobria per omnem vitam comitantur, quæ nullo modo elui possunt, ut scribit Plutarch. *lib. de educ. lib.* vixque est, ut defendi possit, eum, qui ex vulgivana Venere & improbata gentibus omnibus conjunctione natus est, qui nec gentem, nec familiam, nec patrem habet, pro integra & legali persona, ut loquuntur, habendum esse. Qua de re eleganter differit vir doctissimus Arnisæus, *lib. 2. de repub. c. 2. sect. 13.* Illud equidem minimè concedo, quod *Cov. 2. de sponsa. 8. n. 11. Card. Tusc. concl. 454. n. 17.* statuunt meretricem, quæ postea nupsit, pro persona infami habendam non esse, propterea quod præcedens dedecus purgetur matrimonio. Non enim aboletur turpitudo, quæ postea intermittitur, *l. 43. §. 4. de tit. nupt.* utique manet adhuc litura prostitutæ quondam pudicitiæ; at excluduntur à fratre, qui vel levis notæ macula adsperguntur. Pœnitentia quidem & vitæ emendatio abolent delicti notam coram Deo: at non in hujus sęculi tribunalibus, *l. 65. de furt. l. 5. vi bon. rapt.* Ut autem turpis persona instituta sit, non tamen statim frater ad querelam admittitur. Quid enim si ipse eadem turpitudine, qua hæres scriptus laboret? Nihil hic habet frater, quod hęredi objiciat, *arg. l. 11. C. h. t. l cùm mulier, 47. sol. matr.* Removet præterea fratrem & ingratitudo ex tribus causis expressis. *Nov. 22. c. 47.* easque causas opponi ab hærede & probari sufficit, etiamsi à testatore objectæ non fuerint. Nihil enim juri veteri in hoc derogatum est. *Gudelin. de jur. nov. lib. 2. c. 8.*

Ultrà fratres & sorores, &c.] Cognatos, qui sunt ultrà fratrem, Ulpianus in *l. 1. hoc tit.* hortatur, ne se sumptibus inanibus vexent, eo quod in lite de inofficioso obtinere spem non habeant. Ex quo explicandum est, quod Iustinianus hic simpliciter ait, eos nullo modo agere posse aut agentes vincere: item quod Dioclet. & Maxim. rescribunt, *in l. fratris, 21. C. eod.* neminem eorum qui ex transversa linea veniunt, exceptis fratre & sorore, ad inofficiosi querelam admitti; nimirum non admitti, agere aut agentes vincere, suoque jure testamentum evertere non posse, si exceptio iis objiciatur non competentis querelæ. Planè, si enim egerint, & nemine fortè eos repellente obtinuerint, testamentum jure rescissum manet, remq; proximi ab intestato auferunt, *l. 6. §. 1. eod.* Similem superioribus quæstionem peperit constitutio Iustiniani. *Nov. 118. cap. 3.* ubi cum fratribus defuncti ad successionem admittit fratrum demortuorum filios: de hac autem quæstione idem, quod de præcedentibus, judicium esto.

TEXTUS.

2. *Tam autem naturales liberi, quàm secundùm nostræ constitutionis divisionem adoptati, ita demùm de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad defuncti bona venire possint. Nam qui ad hæreditatē totam vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt. Posthumi quoque, qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.*

NOTÆ.

2. NATURALES LIBERI] Id est, justis nuptiis quæsiti, *v. sup. de adopt. in pr.* quibus exæquati & qui postea facti legitimi. *Nov. 89.* Matris autem testamentum etiam spurii inofficiosum dicunt, *l. 29. §. 1. eod.*

NOSTRÆ CONSTITUT. DIVISIONEM] Adoptati ab ascendente queri possunt, ab extranea persona non possunt. Constitutio est, *l. pen. C. de adopt.*

ALIO IURE VENIUNT] Igitur impuberes adrogati queri non possunt, quia quartam habent

ex constitutione D. Pii, *l.8. §.15. h.t.* nec sui nec emancipati præteriti à patre, quia illorum præteritio patrem intestatum facit, hi habent contrà rabb. *sup.de exh.lib.* quam ob causam querela dicitur ultimum adjutorium, *l. ult. Cod. de lib. prat.* ἐσχάτη βοήθεια. Th.

POSTHUMI QUI NULLO ALIO IURE] Ac proinde non aliter, quàm si sint exhæredati: nam & posthumi sui & quasi posthumi præteriti, agnascendo aut quasi agnascendo testamentum rumpunt ex filio concepti post emancipationem bonorum possessores efficiuntur, *l.1.§.1.l.3.pr. cont.tab.§.1.2.& 5. sup. de exhib. lib.* Cæteri posthumi alieni aliud remedium non habent, *l.6.h.t.*

COMMENTARIUS.

1 *Quam rationem habeat, quod qui alio jure venire possunt, ad querelam non admittantur.*
2 *Cur parenti manumissori querela detur, cùm contra tabulas petere possit.*
3 *Quando posthumis querela necessaria: & num idem adhuc hodie.*

SECUNDUM *nostræ constitutionis divisionem*] Intelligit constitutionem, quæ extat in *l. pen. C. de adopt.* cujus crebra in hisce libris mentio, *§.2. sup.de adopt. §.5. sup.de exhær.lib. §.1.tit. præc. §. sed ea, 14. inf.de hær.quæ ab int.* Significat autem, ex sua constitutione eos duntaxat liberos à patre naturali in adoptionem datos queri de inofficioso patris testamento posse, qui dati sunt personæ non extraneæ, putà avo aut proavo materno. Illud sæpè monuimus, perpetuum esse in jure nostro, ut cùm liberi naturales opponuntur liberis adoptivis, per eos significentur liberi ex justis nuptiis procreati, *leg.1.§. liberos, 6. unde lib. leg.1.§.2. de suis & legit. sup.de adopt. in pr. §.2. inf.de hær. quæ ab int.* quanquam matris testamentū etiam naturales illegitimi, adeoque spurij, inofficiosū dicunt, *l. si suspecta, 29. §.1. h.t.*

Qui ad hæreditatem, &c. alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt] Hoc, credibile est, introductum esse, ut quoad fieri posset, salvo jure exhæredati aut præteriti, existimationi testantium parceretur, quos querela dum quæsito colore cæcitatem mentis obtendit, revera nec humanè, nec piè fecisse arguit. Estque querela remedium extraordinarium ac subsidiarium; cujusmodi concedi non solet ei, qui communi & ordinario auxilio munitus est, *l. in causa, 16. de minorib.* Proinde qui testamentum nullum, ruptum aut irritum dicere potest, inofficiosum non dicet; nisi fortè justa causa sit dubitandi, an alio remedio æquè cautum sit agenti: tunc enim eligere licet, *leg.8. §. si quis, 12. hoc tit. fac.leg.7. §.3. de doll.* & si quis, exempli gratia, nullum dixerit, nec obtinuerit, non prohibetur posteà de inofficioso queri, *l. contra, 16. & ibi Sichard. C. eod.* Pari ratione liberi emancipati præteriti, quia jure honorario ad bonorum possessionem contra tabulas admittuntur, de inofficioso agere non possunt, *l. si penas, 23. eod.* In summa de inofficioso agere non potest, nisi qui omni alio auxilio tum civili tum prætorio destitutus est: quam ob causam querela inofficiosi ultimum dicitur adjutorium, *l. ult. verf. nam cum ultimum, C. de lib. prat.* ἐσχάτη βοήθεια. Theoph. Sed hic jam quæret aliquis, cur igitur patri à filio emancipato præterito querela datur inofficiosi, cùm *bonorum filij possessionem contra tabulas* petere possit? *tit. si à par. quis man.* In promptu responsio est, hanc bonorum possessionem non dari patri, tanquam patri, sed tanquam manumissori & patrono: nam emancipatus à parente in ea causa est, ut in contrà tabulas bonorum possessione liberti exitum patiatur, *l.1. in pr. d.tit.* ut patronus igitur contrà tabulas agit; ut pater, querela inofficiosi. Et longè diversa est ista bonorum contra tabulas possessio ab ea, à qua excluduntur exhæredati & similes exhæredatis præteriti, *l.8. in pr. cont.tab.* quæ ad parentes non pertinet, sed tantùm ad liberos à patre præteritos & maximè emancipatos, *l.1. & pass. d.tit.* Considerandum quoque est, bonorum possessionem, quæ ad exemplum patroni patri datur, non esse remediū ejusdē potestatis, ne æquè plenum, ac querela: cùm querela totum testamentū rescindat, bonorum autem ista possessio constituꝛ tantùm partis plerumque detur, *l 3. d.tit.* Nocere autem parenti non debet, quod jura patronatus habeat, cùm sit & pater, uti disputat Iurisconsultus, *d. l. 1. §. ult.* & tralatitium apud nostros est, posse cum ordinario remedio concurrere extraordinarium, quoties hoc plenius est, atque expeditius. Planè qui de inofficioso acturi erant, accipiebant quidem etiam bonorum possessionem, sed eam, quæ litis ordinandæ gratia quærentibus erat necessaria, ut justo titulo niti, & hæreditatem petere viderentur, *l.6. §. ult. l.7. l.8. in pr. h.t.* Cæterùm ea bonorum possessio sine re & effectu erat: neque enim ideò scriptis hæredibus bonorum possessio auferebatur, *l.2. C. eod.* cujus rei etiam suprà meminimus, *ad §. pr. huius tit.*

Posthumi quoque, qui nullo alio jure] Constat, jure veteri liberos omnes exhæredatos pati hac in re conditione fuisse, ut nec jure civili nec prætorio testamenta parentum turbarent, unamque tantùm illis superfuisse querelam inofficiosi testamenti, *l.8. in pr. cont. tab.* Idque ita erat; sive causæ ingratitudinis testamento adscriptæ essent, sive

1

2

3

sive non essent; sive constaret liberos ingratos non fuisse, sive constaret ne ingratos quidem esse potuisse: ideoque in infante quoque exhæredato valebat testamentum, necessariaque erat exhæredato inofficiosi querela: quod jus à Iustiniano quoque confirmatum, *leg. si quis*, 33. §. 1. *Cod. hoc tit.* Posthumo non tantùm exhæredato, verùm etiam præterito valebat ab initio testamentum: sed præteritus alio jure veniebat, quia nativitate ejus rumpebatur testamentum: exhæredatus non rumpebat, sed ad rescindendum testamentum non ei minus, quàm cæteris liberis exhæredatis, querela opus erat. Hoc itidem jus confirmavit Iustinianus *Omnimodò*, 30. §. 1. *Cod. eod. & hoc nostro* §. Pro exhæredatione reputamus etiam eam præteritionē, quæ à matre aut avo materno facta est, §. *ult. sup. de exhær. liber.* Cæterùm non perstitisse in eo jure Imperatorem, totumque hoc abrogasse, *Nov.* 115. *cap.* 3. pleriſque interpretum nostrorum visum fuit. Qui sic ratiocinantur: Sic ex *dict. Nov.* testamentum ipso jure nullum est, cùm liberi, in quos cadere potest ingratitudo, exhæredati sunt sine expressione justæ causæ ingratitudinis, multò magis ubi nulla esse potest exhæredationis causa, ut in infante & posthumo, testamentum his exhæredatis nullum erit, aut agnatione posthumi rumpetur: ac proinde cùm alio jure ex *d. Nov.* veniant, ad querelam non debent admitti. Mihi verò contrà videtur sententia ista constitutioni Iustiniani planè adversari. Iubet quidem Iustinianus, liberos exhæredari justis de causis, easque adscribi; cæterùm non ut testamentum ab initio consteret, sed ut si contrà factum sit, rescindatur, ne exhæredatio noceat; cavearque nominatim, ne noceat solis liberis, non ut aliis ea prosit; quod futurum est, si testamentum non rescindi, sed nullum esse, dicimus. Quamobrem statuimus etiam, post *d. Nov.* dummodò liberi, quicunque erunt, ritè sint exhæredati secundùm formam juris veteris, quantumvis nulla sit causa exhæredationis, aut non sit adscripta, jus antiquum manere, & querelam solam exhæredatis dari, etiam posthumis & infantibus. Pluribus argumentis, quibus hæc sententia stabilitur, usus sum, *d. pr. hujus tit.*

TEXTUS.

2. *Sed hæc ita accipienda sunt, si nihil eis penitùs à testatoribus testamento relictum est. Quod nostra constitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin verò quantacunq; pars hæreditatis, vel res, eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente, id quod eis deest, usque ad quartam legitimæ partis repleatur; licet non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.*

NOTÆ.

3. NOSTRA CONSTITUTIO AD VERECUNDIAM NATURÆ] Ipsorum parentum gratia, nam cujus testamentum inofficiosum dicitur, ejus opinio læditur & pudor suggillatur, dum insimulatur dementiæ. Plin. 5. *Epist.* 1. constitutio est, *l.* 30. *C. h. t.*

QUOD DEEST REPLEATUR] Condictione ex *d. l.* 30. quæ actio diversa est ab illa de inofficioso. Condictio illa perpetua est, atque ad hæredes transmittitur; querela finitur quinquennio, *l.* 8. §. *ult. & l. seq. eod. l.* 34. *C. eod.* nec transmittitur, nisi præparata, *l.* 6. §. *ult.* cum 2. *ll. seqq. eod.* illam excludit agnitio relicti, hanc non item.

AD QUARTAM LEGITIMÆ PARTIS] Legitimam partem hic vocat totum illud, quod jure legitimæ successionis debetur. Quæ verò pars passim appellatur legitima, τὸ νόμιμον μέρος, ea portionis illius pars quarta est, *l.* 6. §. 8. *eod.* hodie tamen aucta, *v. inf.* §. *ult.* vide infrà in comment.

LICET NON FUERIT ADJECTUM] Quod adjici olim ad excludendam querelam necessarium, *l.* 25. *eod. l.* 4. *C. Th. eod.* Alioqui etiam hæres in minore parte institutus queri poterat, *l.* 3. *C. eod.* excepto quod fratribus cohæredibus adjectis quartæ petebat suppletionem. Paul. 4. *tit.* 5.

COMMENTARIUS.

1 *Ius vetus, & quatenus ab eo paulatim recessum constitutionibus Iustiniani.*

2 *Auctio portionis legitimæ, & an ea quoque ad parentes & fratres pertineat.*

3 *An ut augeri & minui legitima potest, ita & in totum tolli.*

4 *Si minus legitima relictum, qua actione quod deest, petatur: & quibus rebus ea actio differat à querela inofficiosi.*

IN hoc loco explicando multum operæ Wesembecius posuit, alij, ut Vigl. Mynſ. Hotom. leviter tantùm eum præstrinxerint. Difficilem sanè reddit crebra juris mutatio. Veteres juris auctores putaverunt, testamentum, in quo debita legibus portio iis, qui queri possunt, relicta esset, pro inofficioso aut contra pietatem facto habendum non esse. Cæterùm ut id ab expugnatione immune esset, totam legitimam, id est, quartam integram debitæ portionis ab intestato,

inteſtato, ex judicio defuncti, eos habere voluerunt, ſive in hæreditate, ſive in legato aut fideicommiſſo, *l.8.§.quis, 6.& §.8.h.t.* Si minus relictũ eſſet, querela iis non denegabatur, niſi judicium defuncti agnitione relicti, aut quavis ratione comprobaſſent, *d.l.8.§.conditioni, 10.l.ſi pars 10.§.ult.l.nihil, 12.l.filius, 22.l.pen.* §.3.& 4. *ult. eod.* Planè ſi expreſsè in hoc aliquid datum fuiſſet, ut in quartam haberetur, neque id quartam æquaret, boni viri arbitratu repleri poterat, *l.ſi non mortis.25.eod.* Paulus quoque *lib. 4. ſent.5.* ſcribit, filium ex minore parte inſtitutum, cui fratres cohæredes dati ſint, jure deſiderare, ut portio debita ſuppleatur, citrà inofficioſi querelam: unde ſimul apparet, adjectis extraneis ſecùs fuiſſe, *fac.l.3.C.h.t.* Illud omninò certum eſt, quando teſtator nominatim caviſſet, ut ſi minus relictũ eſſet, ſuppletio ad modũ quartæ fieret, tunc ceſſante querela id ipſum boni viri arbitratu hæredẽ ſupplere debuiſſe, *l.4.C.Theod.eod.* Illud igitur hic apprimè notandum, olim ita jus fuiſſe, ut non tam ipſa exhæredatio aut præteritio querelæ faceret locum, quàm quartæ, ſive legitimæ portionis per exhæredationem aut præteritionem ademptio: atque hinc evenìſſe, ut & is, cui exhæredato pars legitima relicta eſſet, à querela repelleretur; & is, qui ex minore parte, quàm quæ legitimã conficeret, hæres inſtitutus eſſet, datis cohæredibus, admitteretur ad querelam, ut perſpicuè probat d. locus Pauli & Vlpiani quoque in *d.l.8.§.quarta, 9.* quod quia in principio omiſſum eſt, hic annotare libuit. Videamus nunc quatenus Iuſtinianus ab hoc jure receſſerit ea conſtitutione, cujus hic meminit, & quæ extat in *l.omnimodo, 30. C.h.t.* Is vetera jura intacta ſervari expreſsè voluit, id eſt, querelam inofficioſi locum habere, cùm nihil exhæredatis aut præteritis teſtamento relictum eſt, §.1.*d.l.omnimodo, & l.ſeq.* At ſi ei, qui queri poterat, aliquid relictũ ſit vel in hæreditate, vel legato aut fideicommiſſo, id ſatis Imperatori viſum eſt ad excludendam querelam confirmandumque teſtamentum; jubetque hoc caſu id quod deeſt, uſque ad portionẽ legitimam ſuppleri, licet teſtamento adjectum non fuerit, ut boni viri arbitratu ſuppleretur, *d.l.omnimodo, in pr.* quod etiam repetit, *l qua nuper, 31.& aliquot ſeqq.C eod.* & exprimit hoc §. Loqui generaliter, profiteturque ſe hoc conſtituiſſe, ut amputaret innumerabiles occaſiones ſubvertendi ultimas hominũ diſpoſitiones, atque in eo reſpexiſſet ad verecundiam naturæ. Ac proinde Weſembecio aſſentiendum non eſt, qui arbitratur, in una tantùm ſpecie, cùm ſcilicet nominatim aliquid in quartam ſeu pro legitima relictum eſt, correctioni conſtitutionis & ſuppletioni locum eſſe: ſin autem ſimpliciter quid relictum ſit, queri etiamnum exhæredatis licere, nec d. conſtitutionem refragari. Alia conſtitutione Imperator ſancivit, ut etſi quis relictum aut inter vivos ſibi donatum, ut id ei in quartam imputaretur, poſt obitum defuncti agnoverit, aut retinuerit, non idcircò tantùm impediretur actione expletoria id, quod legitimæ deeſt, perſequi; niſi agnoſcens adjecerit, nullã ſibi ſupereſſe de repletione quæſtionem, *l.ſi quando, 35.§.2.& 4.C.eod.* Noviſſimo jure non tam debitæ portionis per exhæredationem ademptio, quàm ipſa exhæredatio per ſe querelam inducit: adeò ut quamvis quartũ liberi aut parentes habeant, ſi tamen immerenter reperiantur exhæredati, conqueri non prohibeantur. *Nov. 115.c. 3.4.& 5.* de quo accuratiùs ſub §. *ult.inf.eod.*

Ad verecundiam naturæ] Neſcilicet temerè atque irreverenter liberi proſiliant ad impugnanda ac reſcindenda teſtamenta parentum, quorum ut perſona, ita & voluntas ſancta iis eſſe debet: & in univerſum, ut aliorum quoque pudori conſulatur, nec tam crebra ſit occaſio ſuprema hominum judicia evertendi, tanquam impia atque inhumana, quæſito colore ac prætextu furoris, *d.l.omnimodo, in pr.C.h.t.* Nam is, cujus teſtamentum inofficioſum dicitur, dementiæ videtur inſimulari: ejus certè opinio læditur, & pudor ſuggillatur, *Plin.5. epiſt.1.* Igitur poſt introductam actionem ad ſupplementum neque inſtitutis in parte aliqua hæreditatis, neque iis, quibus exhæredatis per legatum aut fidei commiſſum aliquid relictum eſſet, quantumvis minus legitima portione, querela ampliùs competiit; ſed iis ſolis, quibus nihil omninò relictum erat neque in hæreditate, neque in re alia, *d.l.omnimodo, & l. ſeq.C.eod.* Nemo verò putet, ſi teſtator filio, quem in poteſtate habet aut habuit, præterito, quartam partem, verbi cauſa, legaverit, prohiberi conſtitutione Iuſtiniani teſtamentum nullum dicere, aut bonorum poſſeſſionem contrà tabulas accipere: nam ad ea tantùm patrum teſtamenta conſtitutio pertinet, quibus filii in poteſtate conſtituti aut emancipati legitimè exhæredati ſunt, ut alio remedio attentari aut infirmari non poſſint, quàm ſubſidiario querelæ, *§ 2. prec.*

Ad quartam legitimæ partis] Legitimam partem hic vocat totam illam portionem, quæ jure legitimæ ſucceſſionis ex bonis defuncti liberis, parentibus, fratribus debetur. Plerumque tamen ipſa quarta, ad quam in propoſito repletionem fieri vult, legitima dicitur; item debita portio, & debitum bonorum ſubſidium, *l. 8. §. unde, 11. hoc tit. l.5. C.de inoff.don.* Græcis τὸ νόμιμον μέρος. Atque adhuc hodie quarta paſſim appellatur, nimirum

rum quia jure antiquo quarta pars fuit ejus, quam dixi, portionis, scilicet quæ ad eum, qui queritur, perventura fuisset, si paterfam. intestatus decessisset, *l.8.§.si quis mortis, 6. eod.* Quo primùm tempore aut qua lege modus hujus portionis sic definitus sit, non liquet. Iustinianus quantitatem auxit in liberis proque quarta substituit tertiam, in liberis pluribus quatuor etiam semissem. *Nov.18.* quod augmentum, etiam ad parentum legitimam ratione trientis pertinere statuunt comm. DD. hic & in *auth. novissima, C. hoc tit. Graff. §. legitima, q.9.* & Magister apud *Harmen. lib.5. tit.9.§.14.* Nonnulli etiam ad fratres totum incrementum proportionaliter porrigunt. Quos sequitur, *Fachin.4. contr.* 28. quanquam neutrum horum aut inscriptioni tituli, aut præfationi constitutionis, aut ratione constituentis meutive convenit, neque temerè admittenda videtur extensio, cùm utique major sit ratio liberorum. Neque verò verbis generalibus, quibus clauditur, *cap.1. d. Nov.18.* comprehenduntur parentes & fratres, sed diversæ liberorum personæ designantur, videlicet, filij, nepotes, pronepotes, posthumi omnes, tum in paterna, tum in materna linea, adeoque in hac etiam liberi naturales, uti titulus apertè significat. & benè observavit Vaudus, *lib.1. var.q.50.* Usus tamen augmentum admisit in parentibus. Porrò hæc constitutio Iustiniani
3 occasionem DD. dedit quærendi, utrùm quemadmodum legitima augeri & minui lege civili potest, ita possit & in totum tolli. Vulgò sic censent, liberorum & parentum legitimam mutari tantùm posse, tolli non item; fratrum posse & tolli: utunturque hoc argumento, quod liberis & parentibus legitima debeatur jure naturæ, fratribus ex sola dispositione juris civilis. *Mynsi.4. obs.43. & 6. obs.44 Gail.2. obs.122. Covar. in 4. decretal. p.2. cap.8. §.6. n.5. Graff §. legitima, q.2. Chiflet. de port. leg. c.3. Schneid. hic, n.10.* Sed primum insubtile est, quod quæstionem proponunt de ipsa legitima: siquidem quod legitima propriè & formaliter dicitur, nempè certa illa & definita quantitas, cùm sit ex jure civili, eodem jure quoque tolli potest, id est, sanciri, ut nomine legitimæ non ampliùs talis portio, sed alia veniat: ideoque potius de jure succedendi in universum quærendum fuerat. Quod etiam ipsos sensisse existimo, sive, quod res ipsa ostendit, cùm legitimam ajunt humanis legibus tolli non posse, id sic capiendum est, quatenus in legitima insunt alimenta necessaria. Nam utique quod suprà est, tolli potest, non repugnante natura. Deinde malè in
4 proposito parentes liberis exæquant. Tota igitur disputatio & quæstio huc redit, an lege civili effici possit, ut ne liberi parentibus, parentes liberis, fratres fratribus succedant; idque duobus modis intelligi potest, primò an effici possit, ut non succedant omninò, id est, etsi quis ex his personis intestatus decesserit; secundo, an posito, quod ab intestato succedant, à successione ista excludi possint per exhæredationem aut præteritionem. In utroque autem alia liberorũ, alia parentum & fratrum ratio est. Et ad primum quod attinet, perspicuè palàm est, liberis naturæ lege parentum deberi hæreditatem. *Ratio naturalis,* inquit Paulus Jurisconsultus, *quasi lex quædam tacita liberis parentum hæreditatem addicit, velut ad debitam successionem eos vocando, l.7. de bon. damnat.* cui simile est, quod Plutarchus in libello elegantissimo de prolis amore scriptũ reliquit, liberos hæreditatem, ut sibi debitam, ὡς ὀφείλημα, exspectare. *Sanguini honorem reliquit,* ait Val. Maximus de Q. Hortensio, qui filiam sibi minus probatam hæredem scripserat, *lib.5. c.9.* Papinianus in *l.7. in fin. unde lib.* scribit, liberis parentum hæreditatem deberi *propter naturæ simul & parentum commune votum;* id est, liberos sequi hæreditatẽ partim ob præcisum debitum naturale, partim ex conjectura naturali, qua parentes creduntur id velle, ut liberis quàm optimè prospectũ sit: nimirũ creduntur parentes liberis, ut corporis sui partibus, nõ tantùm de necessariis, sed & de his, quæ ad vitam suavius honestiusque transigendam pertinent, quàm uberrimè voluisse prospectũ. Quæ cùm ita sint, lex civilis efficere non potest, ut liberi in totum & simpliciter à successione parentum excludantur. Cæterùm non est iniquum, ut hic tribuatur aliquid rationi civili & studio familiarum conservandarũ, ac propterea alij aliis potiore conditione in successione censeantur, & masculi fœminis, agnati liberis emancipatis, & liberis in successione matris anteponantur, dum ne liberi fraudentur necessariis alimentis, quæ præcisè natura debentur. Parentes verò, quos ad bona liberorum non naturæ & liberorũ commune votum, sed sola ratio miserationis admittit, *dict. leg.7 in fin. unde lib. leg. 15. in pr. de inoff. test.* facilius excludi possunt. Nam & ante Senatusconsultum Tertullianum mater non admittebatur, & post id Senatusconsultum eam excludebant fratres consanguinei, & parentibus omnibus aliquando fratres prælati, non consanguinei tantùm, verùm etiam uterini, *l.4. Cod. de ben. quæ lib. l.2. C. ad Senatus. Tertull.* & apud nos in parte Hollandiæ australi, altero parente mortuo, parens superstes excluditur à successione liberorum à cognatis per defunctum parentem, juxta illud, quod vulgò dici solet, *Paterna paternis, materna maternis.* Similiter & fratres removeri à successione possunt, admissis aliis, sicut pater olim

tantùm ut manumissor, sed etiam ut pater, in successione filij emancipati fratribus prælatus fuit, qua de re uberius agemus, *inf. lib. 3. tit. 1. & 3. seqq.* De altero sic censeo, posse tale jus constitui, ut parentes & fratres, quamvis ad successionem ab intestato vocentur, impunè præteriri aut summoveri possint, neque necesse esse his aliquid pro legitima aut in alimenta relinquere, nisi lex aliqua humana id jubeat: quippè cùm hæc non sic parentibus & fratribus, uti liberis, debeantur; sed tantùm ratione officij & commendatione pietatis. Neque verum est, quod post DD. vulg. *Mynsi. 6. obs. 44.* asserit, parentum legitimam ita causam habere radicatam in jure naturali, ut lege humana tolli nequeat. Liberum verò legitima civili lege in totum tolli nequit, hoc est, jus civile efficere non potest, ut liceat parentibus liberos suos sine justa causa à tota sua successione repellere, ad quam lex naturalis, quasi debitam, & quidem præcisè ratione alimentorum, eos vocat, *arg. d. l. 7. de bon. damn. junct. leg. 6. de just. & jur. add. Osmald. Hillig. in lib. 19. comm. Don. c. 4. & ibi alleg. Paul Bus. ad l. 8. §. si quis mortis, num. 11. & seqq. hoc tit. Grot. 2. de jur. bell. & pac. cap. 7 n. 4 & seq.*

Repleatur] Qua verò actione repletio ejus, quod deest, petetur, utrùm actione ex testamento, an qua alia, putà petitione hæreditatis, aut judicio familiæ erciscundæ, an potius condictione ex lege Iustiniani? Et siquidem filium ponimus exhæredatum adscripto legato, certum est actionem familiæ erciscundæ aut petitionem hæreditatis hic competere non posse. Probabiliter autem defendi potest, agi posse ex testamento, & quod deest tanquam legatum peti, maximè si testator id suppleri jusserit: quanquam etsi nihil dixerit, idem probari potest, quasi id potius voluerit, quàm testamentum rescindi. At si institutus sit filius, quod ad excludendam querelam hodie necessarium esse docebimus, *§. ult. inf. eod.* hic si ex parte aliqua hæreditatis institutus sit, poterit & petitione hæreditatis & judicio familiæ erciscundæ nomine supplementi experiri, quia scilicet pro parte hæres est: sin institutus sit in re certa, quod eodem loco ostendemus nunc sufficere ad excludendam querelam, hic non videtur locus esse judicio petitionis hæreditatis aut familiæ erciscundæ, sed tantùm actioni ex testamento: quoniam qui certæ rei hæres scriptus est, dato cohærede, legatarii loco habetur, *leg. 13. C. de har. inst.* Cæterum dubitationis omnis tollendæ causa, tutius fortassis erit admittere condictionem ex lege. Quod etiam crebrius placuit. Vulgò condictionem hanc actionem ad supplementum vocant, notantque triplicem inter eam & querelam de inofficioso differentiam. Prima est, quod querela taciturnitate quinquennii, ab adita hæreditate computandi, extinguitur, *leg. 8. §. ult. & l. seq. hoc tit. leg. 16. leg. si quis, 34. leg. pen. §. 2. Cod. eod.* hæc actio sive condictio ex lege, ut favorabilis, perpetua est, id est, durat annos triginta; qui terminus est actionum omnium in personam, *leg. 3. Cod. de præscr. 30. an. decis. 3. Cur. Holland.* Altera, quod querela (quippè quæ instar est actionis injuriarum, *leg. 8. in pr. hoc tit.*) excepto casu *d. leg. si quis, 34. Cod. eod.* in hæredem non transmittitur, nisi præparata; actio hæc etiam, non præparata transeat. Tertia, quod qui agnoscit, quod sibi testamento relictum est; querelæ renuntiasse intelligitur, *leg. 10. §. 1. l. 12. in pr. eod.* non autem huic actioni ad supplementum, *l. si quando, 35. §. 2. C. eod.* Primam differentiam non admisit Bartolus, sed reliqui omnes admiserunt testibus. *Vigl. Mynsi. & VVesemb. hic, Gail. lib. 2. obs. 120.*

TEXTUS.

4. *Si tutor nomine pupilli, cujus tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, cùm nihil erat ipsi tutori relictum à patre suo: nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere. Sed si è contrario pupilli nomine, cui nihil relictum fuerat, de inofficioso egerit, & superatus est: ipse tutor, quod sibi in testamento eodem relictum est, non amittit.*

NOTÆ.

4. SI TUTOR, &c. LEGATUM ACCEPERIT] Repellitur ab inofficiosi querela, qui exhæredatus legatum ex testamento percepit aut petenti advocationem præbuit. Agnovisse enim judicium defuncti videtur, *l. 8. §. 10. l. 10. § 1. l. 12. l. ult. eod. l. 8. §. 1. C. eod.* Tutorem autem necessitas officij excusare debet, qui id totum alij administravit, *d. l. 10. §. 1. l. 22. de his quæ ut indign.*

SED SI E CONTRARIO] Qui voluntatem defuncti, sive suo, sive alieno nomine dicit inofficiosam, legatum sibi relictum perdit: impugnavit enim judicium defuncti, *l. 8. §. 14. h. t.* sed necessitas officij & fides tutoris hic etiam excusata, *l. 30. §. 1. eod.* Qui negat testamentum patris jure factum esse, non intelligitur judicium impugnare, & ideò retinet defuncti voluntatem, *l. 24. de his quæ ut ind.*

COM-

COMMENTARIUS.

1 *Effecta agnitionis & oppugnationis judicij defuncti.*
2 *Hæc effecta ad eos non pertinere, qui ex necessitate officij alieno nomine agnoscunt aut impugnant.*
3 *Collatio iuris veteris & novi, atque in hac parte differentia.*

QUi iudicium defuncti agnoscit, putà quod sibi datum est, percipiendo, hoc ipso testa-
1 mentum comprobare intelligitur & querelæ renunciare, *leg.* 8. §. *si conditioni*, 10. *leg.* 10. §. 1. *l.* 12 *leg. si ponas*, 23. *leg. pen.* §. 3. *& 4. leg. ult. hoc tit. l.* 8. §. 1. *Cod. eod. leg. 5. in pr. de his quæ ut indign.* Atque ex contrario, qui voluntatem defuncti impugnat, ut inofficiosam, is legatum sibi relictum perdit, & id fisco vindicatur, quasi indigno ablatum, *d. leg.* 8. §. *meminisse*, 14. Nec interest, utrùm quis nomine proprio iudicium agnoverit, inofficiosúmve dixerit, an alieno, dummodò id fecerit spontè, nec ulla necessitate officii cogente, velut si advocationem præbuerit, *dict. leg. ult. in pr.* Cui non obstat, quod filius patroni, qui advocationem accusatori liberti præstitit, non repellitur à bonorum possessione liberti, *l. qui cum*, 14. §. *si patroni*, 9. *de bonor. libert.* nam jus bonorum possessionis liberti, quod patrono & liberis eius ex edicto competit, non aliter patronus aut liberi ejus amittunt, quàm si ipsi libertum accusaverint. Quod intelligitur ex ratione, qua Iurisconsultus d. loco utitur; neque enim, inquit, advocatus accusat. Legatum verò amittit advocatus exhæredati, non quia accusare testamentum intelligitur, sed quia accusationem opera juvando intelligitur improbare judicium defuncti; quod satis esse visum est ad amissionem legati, advocato relicti ab eo quem furoris arguit. Cur verò non similiter placeat, eum, qui legatum accepit, non admitti ad arguendum testamentum falsum aut non iure factum, & qui non jure factũ concedit, nec obtinuit, non repellatur ab eo quod meruit, *leg. 5. in pr. & §. 1. de his quæ ut indign.* Hanc rationem reddit Papinianus, *leg. si testamentum*, 24. *eod. tit.* quoniam qui testamentum iure factum negat, de iure disputat, non impugnat aut accusat iudicium. Quod si quis ex necessitate officii ea,
2 quæ diximus, fecerit nomine alieno, excusatus est. Exemplum hoc §. proponitur in tutore: sed ad omnes hoc pertinet, qui ex officio alios defendere, aut agentes consilio & opera sua iuvare tenentur; ac proinde etiam ad advocatũ, cui clientis causam agere publicè impositum, *argum. dict. leg. 5. §. advocatum*, 13. *de his quæ ut indign.* Sive igitur tutor, cùm ipse exhæredatus esset à patre, legatum petierit aut perceperit ex testamento nomine pupilli, cuius tutelam gerit, sive è contrario pupilli exhæredati nomine de inofficioso egerit & victus sit, neque hoc casu, quod ad se attinet, testamentum improbasse, neque illo probasse intelligitur, sed hæc fecisse ex necessitate officii & fide, quæ excusata esse debet: ac proinde illo casu non prohiberi suo nomine de inofficioso agere, hoc casu legatum sibi relictum petere, *leg. adversus*, 30. §. 1. *hoc tit. leg. tutorem.* 22. *de his quæ ut indign.* Similis priori casus est in *leg. cùm quidam*, 26. *Cod. de adm. tut.* Porrò autem quod antè diximus, agnitionis iudicii defuncti hanc vim esse, ut quærela amittatur, hoc etiam pertinet ad petitionem reliqui. Sed tenor iuris antiqui novis subinde constitutio- 3
nibus mutatus est. Quod miror neminem interpretum hoc loco annotasse. Olim quacumque in re iudicio defuncti agnito & querela amittebatur, & ius petendi reliqui, non solum in hæredis institutione, sed etiam in legato, sive id tanquam sibi legatum exhæredatus peteret, sive relictum alii, illius nomine, peteret defenderétve, sive relictum à legatario acciperet, aut etiam aliquid caperet mortis causa: nec referebat, per se caperet, an per alium, per textus suprà allegat. Constitutionibus Iustiniani nihil quidem mutatum in institutione hæredis, sed si is, qui queri potest hæredem scriptum pro hærede agnoverit, putà res hæreditarias ab hærede emendo conducendóve, aut solvendo quod defuncto debuit; cujus generis item est, si quid conditionis implendæ causa ab hærede acceperit; (quibus omnibus factis hæres scriptus pro hærede agnoscitur, *leg.* 8. *si conditioni*, 10. *leg. si ponas*, 23. *hoc tit.*) querelam & jus petendi, quod sibi relictum, aut quod reliquum est, perinde amittit, ut jure antiquo. In legato verò prioribus Iustiniani constitutionibus jus vetus hactenus immutatum, ut quicunque aliàs queri potuissent, hoc ipso excludantur, quod legatum illis relictum sit, quamvis illud non agnoverint: cæterum accepto eo, quod relictum est; ac supplementum eius, quod legitimæ deest, agere possunt, *leg. omnimodo*, 30. *cum seqq. Cod. eod.* Itaque jam non agnitio legati, sed ipsum legatum querelam excludebat. Novissimo autem jure ad excludendos à querela liberos & parentes iterum agnitio legati desiderari cœpit, si nihil iis titulo institutionis relictum esset, salva tamen, si quid debitæ portioni deesset, actione ad supplementum. *Nov.* 115. *cap.* 5. *Div. Tulden. hic cap.* 5. *&* 6. Ut igitur semel complectar omnem juris veteris & novi in hac parte differentiam, triplex discrimen observetur. Primum hoc est.

Olim, si minus legitima relictum esset, licebat repudiato legato agere de inofficioso: hodie non licet, sed legato admisso agitur ad suppletionem. Secundum est. Olim agnitio legati etiam rei minimæ excludebat non tantùm querelam, sed omnem etiam petitionem reliqui: hodie ita querelam excludit, ut salva maneat ejus, quod legitimæ deest, petitio; nisi agnoscens profiteatur, se relicto contentum de reliquo quæstionem remittere, *leg. si quando, 35. §. pen. & ult. Cod. eod.* Postremum est. Olim qui rogatus erat legatum alteri restituere, non prohibebatur eo agnito & restituto de inofficioso queri: Hodie quiescente querela id onus subducitur, proinde quasi ad modum legitimæ nec restituere jussus sit, *leg. 10. in fin. hoc tit. junct. leg. quoniam, 32. C. eod.* Quod si quis in eo quod alteri relictum erat, voluntatem defuncti approbasset, putà advocationem præstando aut aliis modis, placebat olim cessare querelam, quasi judicio defuncti etiam in institutione comprobato; quippè qua sublata ut tunc jus erat, cætera quoque corruebant, *leg. pen. §. 3. leg. ult. in pr. & §. 1. hoc tit. junct. leg. 9. de test. tut. leg. eam quam, Cod. de fideic.* Verùm commutata est ratio juris, posteaquàm placuit, rescisso quoad institutionem testamento, legata posse consistere, *auth. ex causa, Cod. de lib. præt.* Hoc enim jure posito, dicendum omninò videtur, sola legati, quod alii relictum est, agnitione non comprobari institutionem hæredis, *arg. l. 10. Cod. de probat.* ac proinde non prohiberi eum, qui in alieno legatò judicium agnovit, de inofficioso suo nomine queri, ut bene disputat *Don. 19. comm. 16.*

TEXTUS.

5. *Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso agere non possit, sive jure hæreditario, sive jure legati vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos in iis tantummodo casibus, quorum mentionem nostra facit constitutio, vel aliis modis, qui in nostris constitutionibus continentur. Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est, ut sive una fuerit, sive plures, quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta eis dari possit, ut ea pro rata eis distribuatur, id est, pro virili portione quarta.*

NOTÆ.

5. QUARTAM QUIS DEBET HABERE] Id est, portionem legitimam, quæ olim erat quarta debitæ ab intestato portionis, *l. 8. §. 8. eod.* Iustinianus quantitatem auxit, substituto pro quarta triente, in liberis pluribus, quàm quatuor semisse. *Nov. 18.* qua constitutione & parentum quoque legitimam ad trientem auctam censet Magister apud Harmen. *lib. 5. tit. 9. §. 14.* Theodorus Diaconus auctam ἐπὶ ἀδελφῶν. arg. c. 2. d. *Nov. 18.*

SIVE IURE LEGATI, &c.] Novissimo autem jure ut testamentum ab omni impugnatione tutum sit, necesse est, ut boni liberi & parentes honorentur titulo hæredis, *Nov. 115. cap. 3. 4. 5.* Unde vulgo ajunt, legitimam titulo institutionis esse relinquendam, in qua sententia & Græci ad *l. 8. h. t.* Sufficit autem vel in particula aliqua assis vel etiam in re certa institutos esse, & si quid ad portionem legitimam deerit, id querela cessante condicetur actione suppletoria, *d. §. 5.*

IIS TANTUMMODO CASIBUS] Cujac. huc trahit duos casus, *l. pen. §. 1. C. de collat.* sed ex vitiosa, ut Bachovio videtur, collectione. Constitutio est, *l. 30. C. h. t.*

IN NOSTRIS CONSTITUTIONIBUS] Non extant. Et fortè *nostris* irrepititium est, fac. *l. 17. C. de collat.* junct. *l. 29. C. h. t.* quarum altera Leonis, altera Zenonis est.

PRO VIRILI PORTIONE QUARTA] Hodie tertia, aut dimidia pro numero liberorum. *Nov. 18.* Igitur si verbi causa duo sint liberi, singulorum portio legitima erunt duæ unciæ: si sex, uncia.

COMMENTARIUS.

1 *Refellitur insignis quorundam error.*
2 *Iure Digest. & Cod. querelæ locum non patuisse, legitima quocunque titulo relicta.*
3 *Ius novum à veteri discrepare in casu, quo quid inter vivos donatum est ea contemplatione, ut in quartam habeatur.*
4 *Iure novissimo legitimam titulo institutionis relinquendam: & quomodo hoc accipiendum.*
5 *Quid interest, titulo institutionis legitima relinquatur, an quo alio.*

INtolerabilis eorum error est, qui ex hoc §. colligunt, filium, etiam non legitimè exhæredatum, modò ei quocunque titulo legitima relicta esset, jure antiquo queri debuisse de inofficioso, nec alio jure ad bona patris venire potuisse. Quid enim certius, quàm præterito filio, qui erat in potestate, testamentum ipso jure nullum fuisse; eman-

emancipato præterito datam bonorum possessionem contra tabulas? Nec eo minus pro præterito habebatur, testamentúmve nullum erat, aut per bonorum possessionẽ everti poterat, quod quartæ debitæ portionis, aut etiam multò amplius, præterito legatum fuerat. Nam utrùm filius præteritus esset, necne, non ex legati datione, sed ex institutione aut exhæredatione æstimabatur, omnesque præteriti censebantur, qui neque hæredes instituti erant, neque ut oportet, exhæredati, §. *eadem*, 12. *inf. de hær. quæ ab int.* Itaque quod Ulpianus ait, in *l. 8. §. si quis*, 6. *h. t.* securè eum testari, qui mortis causa filio quartam donavit, non sic accipiendum est, posse patrem isto casu securè filium præterire, sed posse securè exhæredare, hoc effectu, ut & testamentum jure consistat, nec per querelam rescindatur. Atque ex hoc jure nihil mutavit Iustinianus: tota enim hæc disputatio, ut apparet, pertinet ad liberos, quibus jure civili & prætorio è patris hæreditate exclusis unicum remediũ supereſt, querela inofficiosi; ac proinde non ad alios, respectu patris, quàm qui legitimè exhæredati sunt; matris enim & per matrem adscendentium præteritio pro exhæredatione reputatur, ut sæpè dictum est.

Sive iure hæreditario, sive jure legati, &c.] In explicatione hujus tituli excusata esse debet ejusdem rei inculcatio. Iure veteri liberis exhæredatis aut præteritis, non tam ideò querela dabatur, quia ex-
2 hæredati aut præteriti, quàm quod per præteritionem aut exhæredationem privati quarta seu legitima portione. Ea autem relicta, ut nulla amplius censebatur iniquitas, ita cessabat querela, manebat efficax exhæredatio & firmum testamentum. Cui erat consequens, ut querela excluderetur non tantùm si quarta relicta foret titulo hæreditario, sed etiam si titulo legati aut fideicommissi. Et quia mortis causa donationes legatorum instar obtinent, *leg. & si.* 17. *in fin. de mort. ca. don. sup. de donat.* §. 1. placebat etiam, si quis ei, qui queri poterat, quartam mortis causa dedisset, eum securè testari, *d. l.* 8. §. *si quis*, 6. quod jus in codice suo item *Nov.* 18. *c.* 1. unde *auth. novissima*, *C. h. t.* Iustinianus integrum reliquit: novissimè verò ab eò recessit, *Nov.* 115. *c.* 3 & 4. Cæterùm de eo plura inferius.

Vel inter vivos eis tantummodo casibus, &c.] Si quid inter vivos simpliciter donatũ fuerat, etiamsi quartam adæquaret, per hoc non excludebatur querela; contrà verò si hac contemplatione datum erat, ut
3 in quartam haberetur, *l. si non mortis*, 23. *h. t.* Hoc abrogavit Iustinianus ea constitutione, cujus hic meminit, nimirum *l. si quando*, 35. §. 2. *C. eod.* Sanxit enim, ut si quid liberis à patre inter vivos donatũ sit, etsi ea lege ut hoc in quartam reputent, atque adeò ut renuntient querelæ, & renuntiaverint, nisi tamen patris judicium post mortem ejus agnoverint, aut cum scriptis hæredibus transegerint, manere nihilominus jus integrum testamentũ patris arguendi, nec pactum cum patre factum nocere liberis, qui ex sententia Papiniani meritis magis ad obsequia paterna provocandi, quàm pactionibus adstringendi sunt. D. Cujacius putat intelligi *l. pen.* §. 1. *C. de collat.* ubi Iustinianus sancit, ut duobus casibus donatio simplex in collationẽ veniat; si ea lege à patre facta sit, ut conferatur; si facta sit in compensationem dotis aut donationis propter nuptias, quàm unus è liberis accepit: ex quo colligit Cujacius, donationem inter vivos duobus istis casibus in quartam imputari. Sed vitiosa omninò est hæc collectio, atque è diametro pugnat cum *d. l. si quando*, 35. §. 1. *C. h. t.* Ac tametsi verum est, omnia, quæ in quartam imputantur, in collationem venire, non idcircò tamen è converso quæcunque veniunt in collationem, computantur in quartam: quod perspicuè ostendit, *d. l. pen. in pr. C. de collat.* ut adeò eâd. l. quam Cujacius adducit, refellatur ipsius collectio. Et nimirum collatio facilius admissa est, ut æqualitas inter liberos in successione ab intestato servaretur, quàm filij exhæredati exclusio à querela: quem ob casum Iustinianus expressè noluit per donationem inter vivos, licet ea conditione factam ut in quartam computaretur, filium à querela excludi, nisi judicium patris post obitum ejus agnovisset, *d. l. si quando*, 35. §. 1. & 2. *C. h. t.*

Vel aliis modis, qui in nostris constitutionib.] Hæ constitutiones fortassis priori Codici insertæ fuerunt: in posteriore enim, quem solùm habemus, nulla Iustiniani reperitur constitutio, quæ huc pertineat: nisi dicimus, verbum *nostris* irreptitium esse delendum. Sanè Cujac. & Hotom. id non agnoscunt, & à plurimis libris abesse testatur Pacius. Fac igitur hic ita scriptum esse, *aliis modis, qui constitutionibus continentur.* Quinam ergò isti modi sunt præter legatum, fideicommissum & donationem mortis causa, quibus liberi quarta à parentibus accepta constitutionibus à querela repelluntur? Dos & donatio propter nuptias, quam utramque cùm Leo conferri à liberis jussisset, *l. ut liberis*, 17. *C. de collat.* utramque etiam in quartam imputari præcepit Zeno, *l. quoniam*, 29. *C. h. t.* Novissimo jure, ut suprà memini, tota hæc ratio mutata est. Nam ex *Nov.* 115. *c.* 3. & 4. non sufficit ad excludendos à 4
querela liberos & parentes legitimam eis quovis titulo relictam esse, sed ut testamentum ab omni oppugnatione tutum sit, necesse est, ut boni liberi & parentes honorentur titulo hæredis; ut jam non tam quæratur, an legitimam habeant, quàm

an instituti sint, aut justè à successione summoti. Patet hoc primum ex *d. Nov. cap.* 3. ubi Iustinianus expressissimis verbis sancit, non licere penitus parentibus liberos suos præterire vel exhæredes facere, nec si quovis titulo particulari eis reliquerint legibus debitam portionem. Deinde ex *cap.* 5. *ejusdem Nov.* ubi testatur, hanc suæ serenitatis intentionem esse, ut à liberis & parentibus injuriam exhæredationis & præteritionis auferat. Atqui non auferetur ista iniuria, sed manet adhuc, si adhuc liceat immerentes liberos & parentes exhæredare aut præterire, etiamsi eis legitima titulo aliquo particulari relinquatur. Tunc solùm nulla injuria manet, si aut instituatur aut meritis de causis exhæredentur: unde DD. vulgò ajunt, legitimam hodie titulo institutionis esse relinquendam, *Clar* §. *testamentum, quæst.* 38. *Graff* §. *legitima, quæst.* 32. At enimverò necesse non est, ut institutio fiat in universa legitima, sed sufficit vel in particula aliqua assis, vel etiam ex rebus certis hæredes nuncupatos esse, aut institutos simpliciter jussosque certis rebus esse contentos: quibus casibus, etsi minus relictum portione legitima, cessat tamen querela, & competit actio ad supplementum: quod si quid aliud insuper relictum, id in legitimam imputatur secundùm priores Iustiniani constitutiones: *d. cap.* 5. *l. omnimodo*, 30. *cum seqq. C. hoc tit.* cùm contrà jure veteri etiam institutus queri non prohiberetur, si ex institutione totam legitimam non obtineret, ut sup. notatum ad §. 3. At, inquies, hoc posito aberravit Iustinianus à scopo suo. Nam ex vera ratione juris, atque ipsius etiam constitutione Iustiniani, qui certæ rei hæres institutus est datis aliis cohæredibus, aut qui simpliciter institutus iussus est certis rebus deductis hæreditatem restituere, non hęredis, sed legatarii loco habetur, nullasque actiones hæreditarias aut exercet aut excipit, *leg.* 13. *C. de hær. inst.* §. *si quis*, 9 *inf. de fideicom. hær.* Iam verò si nihil refert, legatum alicui detur, an in re certa hęres instituatur addito vero hęrede, nec, magis hoc, quàm illo modo fiat, ut hæres sit, frustrà Iustinianus fuit, existimans, injuriam præteritionis aut exhęredationis tolli, si modò hæres quis nuncupetur vel ex re certa, vel simpliciter & certis rebus deductis rogetur hęreditatem restituere. Nam si hæres non fit, si nihil amplius ea res efficit, quàm si legatum accepisset, certè pro præterito habendus erit, quomodo ratiocinatur & Glossa in *leg. si quis priore*, 29. *ad Trebell.* Ex quo etiam sequitur, inane esse, sine re atque effectu, quod jactatur de honorifico titulo institutionis. Et fatendum est, hoc poscere rationem juris, atque oportuisse, si vera splendidiore ac lautiore titulo officiosos liberos ac parentes decorari volumus, constitui, ut saltem in parte aliqua assis hæreditarii, licet minima, vel utique in ipsa legitima, quam pro triente, semisse aut quadrante nihil accipi vetat, hæredes instituantur. Sed tamen Iustinianus hoc non exigit, cui visum est satis tolli injuriam præteritionis per solam hæredis nuncupationem, eumque, qui vel in re certa institutus esset, justam causam non habere conquerendi se esse præteritum, quod ne videatur sine ullo juris effectu constitutum, defendi potest cum *Sichard. post Bart. Ias. & DD. in d. leg.* 13. *C. de hæred. instit.* eum, qui in re certa institutus est, mixtæ cujusdam conditionis & naturæ esse, mediæque inter hæredem & legatarium: unde & hęredis nomen retineat, & rem, in qua institutus est, propria auctoritate apprehendere possit; quodque præcipuum est, jus etiam accrescendi habeat, hoc est, deficiente cohęrede simpliciter instituto, ipse universam hæreditatem solus consequatur, perinde ac si ab initio solus ex re certa institutus esset: licet aliud videatur Anton. Fabro, *decis. 15. err. 5. D. Corn. Svvanenb. tractat. de iur. accr. cap.* 8. Bartolus *d. loc.* ait, in re certa institutum rei istius respectu pro legatario censeri, respectu personæ ipsius pro hęrede: quod satis Iustiniano visum ad eum excludendum querela, *vid. Sichard. d. loc. num.* 3. *Gudelin lib. 2. de jur. noviss. cap.* 7. *d. Decis.* 7. *cur. Holland. Graff.* §. *hæreditas, quæst.* 8. *num.* 3. *Deckher. lib.* 1. *diss.* 8. *num.* 21. *Christinæum vol.* 4. *decis.* 11. *numero* 5. & *vol.* 2. *decis.* 170. *Bachov. vol.* 2. *disput.* 12. *thes.* 1.

Vt ea pro rata distribuatur] Itaque si unus sit filius, is habere debet quartam partem totius substantiæ, id est, tres uncias; si duo, singuli sescunciam, & sic porrò, ut virilis singulorum portio sit quarta eius partis, quam ab intestato habituri essent, *leg.* 8. §. *si quis*, 6. & §. *quoniam*, 8. *hoc tit.* Iure autem novissimo ex *Nov.* 18. *cap.* 1. si unus sit filius, is tertiam totorum bonorum partem habere debet, id est, uncias quatuor: si duo, singuli uncias duas: & ita deinceps, ut virilis singulorum portio sit triens illius partis, quam ab intestato laturi fuerant. Si verò plures sint liberi, quàm quatuor, semis singulis relinquendus, id est, dimidia ejus partis, quæ iure legitimæ successionis debetur. Quare si verbi causa sex erunt liberi, legitima singulorum erit uncia.

TITULUS

TITULUS XIX.

De hæredum qualitate & differentia.

Continuatio & argumentum tituli.

SI testamentum ab initio rectè factum fuerit, neque posteà infirmatum, secundùm ea, quæ superioribus titulis exposita sunt, incipit post mortem testatoris deferri testamento hæreditas, ut jam ad acquisitionem ejus nihil supersit præter susceptionem; quæ ex duabus partibus, quibus acquisitionem hæreditatis constare diximus, sub §. *ult. sup. per quas pers. cui. acq.* altera est. Quamvis autem eadem sit ratio acquirendæ hæreditatis ab intestato delatæ, atque ex testamento: tamen cùm disseruisset Imperator de deferenda hæreditate ex testamento, partem alteram, quæ est de delata acquirenda, divellere noluit, licetque hinc petere, quod illo pertiner. Sunt autem duo hujus tituli capita, quorum alterum inscriptio indicat: alterum est de acquirenda vel omittenda hereditate. Posterioris cognitio à priori dependet. Nam cùm varia sit hæreditatis acquisitio, eam varietatem efficit diversa qualitas & conditio hæredum. Quamobrem rectè primùm indicantur genera & differentiæ hæredum, deinde demùm disputatur de acquirenda vel omittenda hæreditate.

TEXTUS.

Hæredes autem aut necessarij dicuntur, aut sui & necessarij, aut extranei.

NOTÆ.

AUT EXTRANEI] Rectiùs necessariis opponimus, voluntarios, *l. 15. & seqq. de acq. her. l. 12. de cond. inst.* nam extranei ad distinctionem suorum magis dicuntur, non considerata in iis necessitate, *l. 49. §. 1 de her. inst. l. 6 pr. de injust. rupt. §. 7. inf. de her. ab int.*

COMMENTARIUS.

1 *In his regionibus hæredes omnes esse voluntarios.*

TRimembris hæc hæredum divisio ex duabus bimembribus conflata est, more nostris usitato. Sic autem revocabitur, ut dicamus, hæredum alios esse necessarios, alios voluntarios; & illorum alios necessarios simpliciter, alios necessarios & suos. Rectiùs verò necessariis hæredibus opponimus voluntarios, quàm extraneos *arg. l. 12. de cond. inst. l. 15. & seq. de acq. her. l. 3. §. 3. de her. inst.* quippe extranei ad distinctionem suorum magis dicuntur, non considerata in eis necessitate, *l. si alienum, 49. §. 1. de her. inst. l. 6. in pr. de injust. rupt. l. 6. de vent. in poss. mitt. §. cùm autem, 7 inf. de her. qua ab int. §. posthumo, 26. tit. seq.* Est autem hæc distributio ex jure civili: nam prætor suos hæredes ex necessariis vi ipsa fecit voluntarios dato beneficio abstinendi, *§. 2. inf. in fin.* In hisce regionibus præter voluntarios hæredes alios nullos agnoscimus: non necessarios, quia neque servos habemus, nec habemus filios cum servili illa qualitate; quippe quæ effectus est veteris illius juris patrij dominico similis, apud nos, ut sæpè dictum est, incogniti. Nõ suos: quia sine fictione dominii rerum paternarũ, ejusq; post mortẽ patris continuatione in persona filii, suitas intelligi non potest; cujusmodi Romani juris subtilitates nostræ gentis simplicitas respuit.

TEXTUS.

1. *Necessarius hæres est servus hæres institutus: ideoq; sic appellatur; quia sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus liber & necessarius hæres fit. Vnde qui facultates suas suspectas habent, solent servum suum primo, aut secundo, aut etiam ulteriore gradu hæredem instituere: ut si creditoribus satis non fiat, potius ejus hæredis bona, quàm ipsius testatoris, à creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum præstatur, ut ea, quæ post mortem patroni sui sibi acquisierit, ipsi reserventur. Et quamvis bona defuncti non sufficiant creditoribus, iterùm tamen ex ea causa res ejus, quas sibi acquisierit, non veneunt.*

NOTÆ.

1. FACULTATES SUSPECTAS HABENT] Metuentes infamiam auctionis, *v. sup. §. 1. qui & ex quib. caus. man.*

PRO HOC TAMEN INCOMMODO] Pro aspersione hujus notæ, quod bona ipsius nomine à creditoribus possideantur, vel distrahantur.

ILLUD ET COMMODUM PRÆSTATUR] μισθός

ἢ τοιαύτης ὕβρεως, merces hujus injuriæ. Th.

IPSI RESERVENTUR] Nempè si prius bonorum separationem impetraverit, quàm se misceat dominicis, *l.1.§.ult.de separ.bon.*

EX EA CAUSA RES EIUS] Cujac. Fabrot. *ex alia causa quas sibi res acquisivit,* & ita quoque Theoph.

COMMENTARIUS.

NEcessarius hæres est servus, &c.] Necessitatis hujus causa est dominica potestas. Cur enim non liceret hæredem necessarium facere, quem licebat occidere, *arg.l.in suis, 11.de lib.& posth.* Non ait, institutus cum libertate; quod olim ex plurium sententia necessarium erat, ut valeret institutio, sed simpliciter, institutus: quia etiam omissa datione libertatis à domino institutum, liberum & hæredem necessarium esse voluit, *l. pen. C. de nec. serv.hær.inst.§.2.sup.qui & ex quib.ca.man.& sup.de hær.inst.in pr.* Absolutè igitur necessarius hæres est servus à domino hæres institutus; sed scilicet, si in eadem causa manserit. Nam si à vivo testatore manumissus ruerit, sua voluntate hæres fit: si alienatus, novum dominum adeundo hæredem facit, *§.1. sup.de hær.instit.*

Sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus] Hæc verba textus evidentissimè ostendunt, non ideò servum hæredem dici necessarium, quod nolenti imponitur necessitas adeundi: sed quia protinus, id est, statim à morte testatoris, hæres fit, solaque juris potestate citrà ullam aditionem creditoribus hæreditariis obligetur, perinde ut sui hæredes & necessarii. Unde & si furiosus sit, necessarius domino hæres existit, *l.furiosus, 63. de acq.hær.* Et vel hoc solùm, quod abstinendi facultas ei denegatur, *l.necessarius, 57.in fin.d.tit.* certum argumentum est, ipso jure eum hæredem fieri. Cui jam consequens, statim quoque eum & simul liberum fieri: quod significat Iurisconsultus, *in l.6.§.ult.de hær.inst.* cùm ait, servum hæredem institutum à semetipso libertatem accipere: idemque traditur, *in l. ex parte, 58.de acq. hær.* Perspicuus ergò Giphanij error est, qui scribit, ante aditionem neque liberum fieri, neque hæredem. Et verò hoc ita constitui necesse fuit, ut invitus obligaretur creditoribus hæreditariis: siquidem ut quis præcisè adeat hæreditatem cogi non potest, ne servus quidem à domino, *l.3.C.de hær.inst.* Observandum autem est, eum demum servum necessarium hæredem fieri, cui non aliunde debetur libertas. Nam si quis eum, quem ex fideicommisso manumittere debebat, testamento suo liberum & hæredem esse jusserit, placet hunc necessarium hæredem non esse: quia libertatem non tam beneficio testatoris, quàm alieno, & debitam sibi, accepit, *l. si servo 84.de hær.inst.*

Unde qui facultates suas suspectas] Indicat præcipuam utilitatem, eamque secutam consuetudinem instituendorum servorum. Utilitas in eo consistit, ut bona dominorum, qui solvendo non sunt, post eorum mortem, non ipsorum, sed servi hæredis necessarij nomine, à creditoribus possideantur vel distrahantur. Hinc orta consuetudo, ut qui facultates suas suspectas haberent, infamiam auctionis metuentes, eam hoc pacto in servos derivarent: quos pro honore delatæ sibi hæreditatis conjuncto cum beneficio manumissionis æquo animo aspersionem hujus notæ ferre convenit, uti suprà quoque notatum est sub §. 1. *qui & ex quib. ca.man.*

Hoc commodum præstatur] Μισθὸς ἢ τοιαύτης ὕβρεως Theoph. Duriusculũ enim fuisset, ut si quid post mortem testatoris non ex causa hæreditaria, sed vel sua industria, vel ex aliorũ liberalitate acquisivisset, ejus quoque distrahendi potestas creditoribus fieret. Cæterùm prius quàm bonis testatoris se immisceat, eáve attingat, petere debet à prætore horum bonorum separationem, quam & hoc casu impetrat, *l.1.§.ult.de separ.bon.* Quo loco, quod notandum est, separari etiam id dicitur, quod servo à testatore debetur; quasi hoc etiam dici possit à patrono nõ perfectũ: quæ singularis est humanitas.

TEXTUS.

2. *Sui autem & necessarij hæredes sunt, veluti filius, filia, nepos neptisve ex filio, & deinceps cæteri liberi, qui in potestate morientis modò fuerint. Sed ut nepos neptisve sui hæredes sint, non sufficit eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse: sed opus est, ut pater ejus vivo patre suo desierit suus hæres esse, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus à patria potestate: tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit. Sed sui quidem hæredes ideò appellantur, quia domestici hæredes sunt, & vivo quoque patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam si quis intestatus moriatur, prima causa est in successione liberorum. Necessarij verò ideò dicuntur, quia omninò, sive velint, sive nolint, tam ab intestato, quàm ex testamento,*

ex

ex lege duodecim tabularum, hæredes fiunt. Sed his prætor permittit volentibus abstinere hæreditate, ut potiùs parentis, quàm ipsorum bona, similiter à creditoribus possideantur.

NOTÆ.

2. Qui in potestate morientis] ἐν τῷ καιρῷ τῆς τιλευτῆς. Th. atque hoc in liberis primi gradus perpetuum est: nam filius, qui in potestate est, non potest non esse suus hæres: in cæteris non item, ut mox sequitur.

Non sufficit in potestate, &c.] Ex his, qui in familia defuncti sunt, suus hæres propriè est, quem nemo in suo ordine antecedit, *l. 33. §. 1. de testam. mil. l. 6. de iniust. rupt §. 2 sup. de exh. lib.*

Ut qualibet] Est tamen casus, quo nepos, qui tempore mortis avi servus hæres non erat, propter præcedentem personam patris, destituto avi testamento suus hæres avo ab intestato existit, *v. §. 7. & seq. inf. de hær. quæ ab int.*

Sed sui quidem hæredes] Dicti autem sui hæredes, quasi sibi ipsi hæredes, αὐτοκληρονόμοι, quod ad Phœnicem suum eleganter accommodat Lactant. *Ipsa sibi proles, suus est pater, & suus hæres.*

Vivo patre quodammodo domini] Ut in his non tam hæreditas, sit, quàm dominij continuatio, *l. 11. de lib. & post. §. 3. inf. de hær. quæ ab int.* unde passim in comœdiis servi filios dominorum heros minores vocant, νεωτέρες δεσπότας, & Odyss. ρ. Telemachi subulcus dicitur, qui erat Ulyssis; servus Abrahami Isaacum dominum suum appellat, *cap. 24. Genes. vers. 65.*

Prima causa liberorum] Suorum scil. hæredum, *§. 2. inf. de hær. qui ab int.* Hodie autem liberorum omnium, *Nov. 118. c. 1.*

Sive velint, sive nolint] Necessitas hæc à jure patriæ potestatis, *l. 4. de cond. & dem.* quæ & ipsa est ex lege decemvirali. Dion. Halicarn. *lib. 1.*

Prætor permittit volentibus abstinere] Quo beneficio utentes hoc consequuntur, ut quamvis creditoribus hæreditariis jure civili teneantur, tamen in eos actio non detur, *l. 57. de acq. hær.* Itaque vi ipsa prætor ex necessariis voluntarios fecit; non tamen extraneos, quia quod ipsis commodum, sui adhuc manent, *§. 3. inf. de hær. quæ ab int.*

Potius parentis] E duobus, qui pari conditione sunt, potius defuncti nomine, quàm viventis & sentientis se hac affici ignominia.

COMMENTARIUS.

1. *Plenius & planius, quàm vulgo, sui hæredes describuntur.*
2. *Verbum hoc suus hæres non esse populare & oratorium, sed forense & disciplinæ juris proprium; deq; eo nonnulla non passim obvia.*
3. *Exponitur latissimè huius nominis ratio.*
4. *Vnde altera horum hæredum qualitas, nempe necessitas: & quid ea operetur.*
5. *Prætorem dato beneficio abstinendi necessitatem sustulisse, sed salvo iure suitatis: & quem effectum ea res habeat.*

Veluti filius, filia, nepos, &c. Qui sint & dicantur sui hæredes, licet non definitione aliqua, sed exemplis hic declaretur, facilè tamen ex his, quæ traduntur, quivis per se brevem & explicandæ rei idoneam definitionem extruxerit. Nã si non alij sui hæredes sunt, quàm liberi defuncti, & è liberis soli illi, qui in potestate morientis fuerint, atque ex his, qui in potestate fuerunt, soli, quos tempore mortis nemo in familia antecedebat; hæc inductio nos quasi manu ducit ad hanc definitionem; Sui hęredes sunt liberi defuncti, qui pro tempore quo is moritur, in potestate ejus sunt, primumque ab eo locum in familia obtinent. Non est tamen hæc definitio modis omnibus absoluta. Nihil in ea desideraremus si idem semper mortis tempus & delatæ hæreditatis esset: at hæc tempora non semper concurrunt: ex quo aliquando fit, ut qui, moriente eo de cuius successione quæritur, suus hæres non erat, posteà tamen ei suus hæres existat. Planè neque ex testamento quisquam suus hæres existere potest, nisi qui tempore mortis in familia testatoris proximus est, neque ab intestato, si aut nullum testamentum factum proponatur, aut quod factum erat, vivo testatore ruptum aut vitiatum; quippe in his casibus aliud tempus, quo deferatur hæreditas, nullum est, quàm tempus mortis. At si proponas, patremfam. facto jure testamento, quod eo vivo infirmatum non sit, decessisse, hic evenire potest, ut qui tempore mortis suus hæres non erat, postea suus hæres existat, non utique ex isto testamento, sed eo destituto ab intestato: ut ecce; pater filio exhæredato extraneum hæredem instituit: deliberante hærede scripto filius moritur; mox scriptus omittit hæreditatem: nepos ex illo filio susceptus avo suus hæres erit ab intestato: & hic tamen tempore mortis avi suus esse non potuit propter præcedentem personam patris, *l. 7. unde lib. §. cum autem 7. & seq. inf. de hær. quæ ab intest.* ubi hoc pluribus illustratur. Ut igitur perfecta sit definitio, pro tempore mortis ponatur tempus delatæ hæreditatis, hoc

modo, Suus hęres est, qui in potestate morientis fuit, & tempore delatæ hęreditatis in familia proximus est.

Aut qualibet alia ratione] Puta emancipatione aut deportatione. Nam si quis ex suis hæredibus qualibet ratione suus hæres esse desierit, statim liberi eius gradum occupant, & succedendo in sui hęredis locum quasi agnascendo fiunt avo aut proavo sui hęredes, §. 2. *sup. de exhær. lib.* §. 2. *inf. de hær. quæ ab int. l. Gallus* 29. §. *& videtur.* 12. *cum seq. de lib. & posth.* Enimverò hodie occupatio loci paterni atque in sui hęredis locum successio ex causa emancipationis nihil operatur quoad effectum succedendi ab intestato, postquam placuit, etiam filios emancipatos jure civili ad successionem ab intestato admitti, atque in ea successione præferri nepotibus ex se natis, licet retentis in potestate avi. *Nov.* 118. *c.* 1. Ex quo etiam intelligimus, hodie edictum *de conjung. cum emancip. lib.* inutile esse.

Sed sui quidem hæredes] Nomen suorum hęredum ex jure civili descendit, *l. ult. de bon. damnat.* hoc est, ex lege duodecim tabularum, *l. liberorum* 220. *de verb. sign. Vlp tit* 26. estque verbum forense ac proprium Jurisconsultorum, non populare aut oratorium, de quo Horat. 9. *obs.* 10. Quod ut intelligatur, sciendum est, relativum *suus* non eodem modo ac sensu in proposito apud nostros usurpari, quo apud grammaticos & in sermone populi. Populatis locutio est, cùm ea dictione, ut relativa & reciproca, sic utimur, ut referatur & redeat ad eam personam, quæ præcessit. Veluti cùm nostri dicunt, *Mulier suos filios in potestate non habet, l.* 5. *C. de adopt. Pater agnovit suum partum, aut filium suum, l.* 1. §. *Iulian.* 22. *cum seqq. de agn. & al. lib Gaius Seius testamento uxorem suam hæredem instituit, Titia* 34. §. 3. *l. ult. de legat.* 2. In his enim locutionibus vox *suus* ad præcedentem personam refertur, scil. ad matrem, ad Gajum Seium. Atque hic usus huius vocis, quem pueri docentur in scholis, citato vulgato illo, *Rogat te Cæsar, ut suus partes sequaris.* Ex eadem consuetudine & more vulgari nostri quoque loquuntur, cùm utramque vocem, *hæres* & *suus*, conjungunt, sed ita, ut *suus* sequatur: veluti in his; *Testator à Titio hærede suo centum legavit, Titia ita fidei commisit hæredis sui. Stipulatus est sibi hæredique suo, jure agere licere, l.* 2. § *ult. de verb obl. Si quis uti frui licere sibi hæredique suo stipulatus sit, l. stipulatio* 38. §. *sed si.* 12. *d. tit. Quintil. lib.* 5 *cap.* 16. *Quem quis hæredem suum esse voluit, charum habuit.* At cùm ex usu juris peculiari loquuntur, verbum *suus* refertur ad eum ipsum, qui hęres est, &, quod diligenter observandum, tunc perpetuò id verbum præcedit. Ut in his, *Mulier suum hæredem paritura est, l.* 31. §. 1. *de acq. hær. Fœmina suum hæredem non habet; l.* 4. §. 2. *cont. tab. Spes est suum hæredem defuncto existere l. pen.* §. 1. *unde legit. Filius patri suus hæres est, l.* 45. §. 1. *de neg. gest. Mortuo filio nepos ex eo fit avo suus hæres l.* 13. *de injust. rup.* cum sexcentis similibus. Et igitur cùm dico, *Mulier suum hæredem non habet*, intelligor loqui ex usu juris peculiari: cùm ajo, *Sempronia hæredem suum rogavit, ut partem hæreditatis restituat Titio*, ex usu communi. Rationem nominis mox audiemus.

Quia domestici hæredes sunt] Theoph. οἰκειακοὶ, eadem ferè significatione, qua domesticum testimonium, §. *in testib.* 9. *sup. de test. ordin.* aut quasi οἰκοθεν καὶ ἀφ' ἑαυτῶν ἔχοντες τὸ κληρονομεῖν, Οἰκογενεῖς, vernæ hęredes, qui non aliundè acciti, sed dominati sunt. Ita & Plin. *Paneg.* domesticos hæredes opponit extraneis, eosque ait bona, non ut aliena & speranda, sed ut sua semperque possessa, capere.

Et vivo patre quodammodo domini] Sui hęredes ideo dicuntur, quia non alienam, sed jam quodammodo suam hęreditatem accipiunt, & non magis alteri quàm sibimet ipsi hæredes sunt: unde Græcis dicuntur αὐτοκληρονόμοι, quod eleganter ad Phœnicem suum Lactantius accommodat hoc versu; 3

Ipsa sibi proles, suus est pater, & suus hæres.

Atque hoc nomine non magis post mortem patris appellantur, quàm eo adhuc vivo & superstite κατὰ πρόληψιν, & quod singulariter notandum, etiam vivo adhuc patre dicuntur desinere sui hæredes esse, puta si capite minuti fuerint, *l.* 1. § 4. *l.* 11. *de suis & legit. l* 13. *de iniust. rupt leg.* 29. §. 12. *& seq. de lib. & posth.* nimirum ideo, quia vivente adhuc patre jam quasi quodammodo domini, partique socii, participes & cohęredes sunt, testimonio non solum nostrorum, Pauli, *l.* 11. *de lib. & posth.* Justiniani, *hoc text. &* §. 3. *inf. de hær. quæ ab int.* verum aliorum etiam scriptorum. Terent. *Heaut. Donec salvus redierit meus particeps.* Auson.

Iusta quidem series patri succedere: verùm
Esse simul dominos, gratior ordo pijs.

Unde passim in comœdiis servi filios dominorum heros minores, νεανίσκους δεσποτας, vocant. Telemachi subulcus dicitur, qui erat Ulyssis, *Odyss.* ξ. Servus Abrahami Isaacum vocat dominum suum, *Genes* 24. *v.* 65. Atque hinc est, quod patre mortuo non tam novam & alienam hęreditatem percipere existimentur, quàm pleniorem & liberiorem veterum bonorum administrationem, statimque à morte parentis quasi continuatur dominium, *d. l.* 11. *de lib. & posth.* quo fit, ut ubi suus hæres est, nunquam jacere hæreditas dicatur; nimirum quia nullum inter defuncti mortem & existentiam

Ministerio de Cultura 2024

existentiam sui hæredis intervallum est, *l.1. §. qui sunt 6. si quis omiss. ca. test.* Ex eo item est, quod sui hæredes ipso jure hæredes existant, citra ullum vel suum vel alterius factum, sine aditione, sine cretione, sine gestione pro hærede, *d.§.3. inf. de hær. quæ ab int. l. in suis & leg.* adeoque ante apertas tabulas, *l.3. C. de jur. del.* tametsi ignorent patrem decessisse: ac proinde etiamsi furiosi sint, aut aliàs voluntate careant, *d.§.3. l furiosi 63. de acq. hær.* Cuius rei hic effectus, ut paternam hereditatem, tanquam jam sibi quæsitã, ad quoscunque hæredes transmittant, *d.l.3. C. de jur delib.* Hinc denique est, quod cùm extranei dicantur *acquirere, adire, repudiare hæreditatem*, sui dicuntur *hæredes existere*, (quod Græci interpretantur ἀναφαίνεσθαι) *retinere, immiscere, abstinere*: quasi qui rebus jam olim suis, ut domini utantur, easve retineant aut derelinquant. Postremò ex his etiam liquet, cur sui hæredes, si non instituantur, exhæredandi sint, atque in his solis exhæredationem propriè dici, *l. quidam 132. de verb. obl. add. Hotom. 9. obs. 10.*

Si quis intestatus] De hac re agimus *inf. §. 2. de hær. quæ ab int.* Disertè autem ait *intestatus*: nam lex duodecim tabularum liberam civibus Romanis testandi facultatem concessit, cuius vi legis patri licuit filium, quem in potestate habebat, exhæredare, aliumque sibi hæredem facere. Sed & hoc ipsum, quod hic refert, ex jure civili est, & illo antiquo: quippe jure honorario posteà etiam liberorum emancipatorum ratio haberi cœpta est, perindeque hi liberi ad bonorũ possessionem & vi ipsa ad hæreditatem à prætore admissi, ac si capite minuti nõ fuissent, *l.6. §.1. de bon. poss. §. emancipati 9. inf. de hær. quæ ab int.* Hodie autem liberi emancipari, non minus quàm sui, etiam jure civili ab intestato succedunt, *Nov. 118. c.1.* quamquam in modo acquirendæ hereditatis diversitas manfit: de quo alibi.

4 *Necessarij ideo dicuntur, quia sive velint, sive nolint*] Necessitas hæc à jure patriæ potestatis est, *l.5. de cond. & idẽ*, quæ similis dominicæ fuit, ut ostendimus *in §.2. sup. de pat pot.* liberosq; hac in causa redigebat adinstar servorum: unde & commune ijs cum servis hæredibus à dominis institutis nomen necessariorum hæredum, *l.12. de cond. inst. l. necessariis 57. de acq. hær. & passim.* Licet autem suitati cohæreat necessitas, est tamen diversa qualitas à suitate. Ex eo, quòd quis suus est, ipso jure hæres sit, bonaque paterna penes eum remanent: ex eo, quod necessarius ea retinere cogitur; creditoribusque paternis, velit nolit, respondere, *d.l. necessarijs* quanquam hic etiam suum confert suitas. In suitate jus liberorum magis, in necessitate solius patris vertitur; cui ob id liberum fuit necessitatem hanc remittere, atq; ex necessario hærede facere voluntarium, *d.l.12. de cond. inst. l. jam dubitare 86. de hær. inst.* Neque unquam pater dicitur suum sibi hæredem facere, sed benè necessarium: & eum impuberi filio fratrem necessarium hæredem facit, suum tamen hæredem non facit, ut rectè Govean. *ad l.2. §.5. n.35. & in l.10. §.1. n 2. de vulg. & pup.* contra Bart.

Prætor permittit volentibus abstinere hæreditate] Cùm quęsitæ hæreditatis hæc vis sit, ut nos obliget æri alieno, licet solvendo non sit, *l.8. de acq. hær.*, suisque hæredibus ipso jure acquiratur hereditas, consequens quidem est, ut creditoribus hæreditarijs respondere teneantur, quamvis bona paterna non sufficiant, ijsque se bonis abstinere parati sint; humanitas tamen hic postulare videbatur, ut eo onere, qui id non sponte suscepissent, liberarentur. Verùm tantùm abest, ut jus civile ijs subvenerit, ut eodem jure etiam necessitas ista comparata sit & annexa suitati. Et quid mirum si lex, quem occidere patri permittebat, eundem necessarium hæredem patri fecerit, aut permiserit patrem sibi facere? Cæterum acerbitatem juris civilis prætor mitigavit data suis & necessarijs hæredibus potestate abstinendi: quo beneficio qui ex his uti volunt, hoc consequuntur, ut necessitate subeundorum onerum hæreditariorum non adstringantur, *d.l. necessarijs de acq. hær.* Ex eo autem, quod prætor hic dicitur, liberis necessarijs hæredibus volentibus potestatem facere abstinendi hæreditate, & alibi eos liberare oneribus hæreditarijs, si velint derelinquere hæreditatem, *d. l. necessarijs*, rectè colligitur prætorem ex necessarijs viipsa feciſſe voluntarios, quanquam non extraneos: necessitatem tantùm à prætore sublatam, non suitatem: quippe cuius maxima parte ad utilitatem liberorum pertinet, quibus prodesse, non nocere, prætori propositum fuit, *leg. 12. de vulg. & pup.* Quamobrem etiamnum & ipso jure & ignorantes hæredes fiunt, & obligantur creditoribus hæreditarijs, *§.3. inf de hær. quæ ab int. l.2. de cond. furt. d.l. necessarijs*, quamvis respectu beneficij prætorij, quo fit ut in eos actio non detur, idem jus habere dicantur, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundæ hæreditatis haberent, *leg. nam nec. 89. de legat. 1.* Manebit igitur adhuc idem suitatis effectus, quem suprà indicavi, ut filius decesserit, cùm vel ignoraret patrem mortuum esse, vel sciret quidem, sed nondum declarata voluntate de retinenda aut de relinquenda patris hæreditate, eam hæreditatem, utpote ipso jure sibi jam quæsitam, ad hæredes quoslibet transmittat. Rectène dicatur, jus suitatis tolli per exhæredationem, ut vulgarem substitutionem, alibi disputavimus. Clarius verò adhuc apparet,

suitatem non esse sublatam à prætore ex eo, quod etiam post abstentionem nudum illud nomen hæredis non est sine effectu: nam & sola sui hæredis existentia confirmat tabulas pupillares, ut docuimus suprà sub *pr. de pup subst.* & libertates sustinet, *l. cum quasi* 30. *§. sed etsi* 10. *de fid. lib.* quo loco diserte pro ratione hoc affert Jurisconsultus, *quod non sui sine hærede, qui suum hæredem, licet se abstinentem habet*: & operatur confirmationem fideicommissi, ut restituta hereditate ex Senatusconsulto Trebellian. transeant actiones, *l. ita tamen* 27. *§.* 3. *ad sen. Treb.* Postremò inde est, quod hereditas pupilli, quantumvis abstinentis, potestate juris civilis cùm hæreditate patris confusa censetur, *l patrefam.* 28. *de reb. auct. jud poss.* licet hoc casu substitutus pupilli separationem bonorum patris & filij petere possit ex sententia Marcelli, probata ab Ulpiano *l. Iulianus* 42. *de acq. her.*

Vt potius parentis, quàm ipsorum bona] Species ignominiæ est, bona alicujus à creditoribus propter æs alienum possideri aut publicè distrahi. Itaque ne id fiat, etiam mortuorum interest: atque ab eam causam placuit, non minus ignominiam istam, quàm hereditatem, servis relinqui posse: nec causam prætor habuit, cur servo necessario hæredi potestatem daret abstinendi, *d. l. necessarijs, §. ult. de acq. her.* qui tamen liberorum pudori ac famæ parcendum existimavit, *l. paterfam.* 28. *de reb. auct. jud poss.* hoc est, satius putavit, ut ex duobus, qui pari conditione sunt, potius patris defuncti nomine, quàm filij viventis; non sentientis, quàm sentientis, se hac affici injuria, bona possideantur aut divendantur,

TEXTUS.

3. Cæteri, qui testatoris juri subjecti non sunt; extranei hæredes appellantur. Itaque liberi nostri qui in potestate nostra non sunt, hæredes à nobis instituti, extranei hæredes nobis videntur. Qua de causa, & qui hæredes à matre instituuntur, eodem numero sunt: quia fœminæ in potestate liberos non habent. Servus quoque hæres à domino institutus, & post factum testamentum ab eo manumissus, eodem numero habetur.

NOTÆ.

3. HÆREDES A MATRE (Sicut fœmina liberos in potestate non habet, ita nec suos hæredes habere potest, *l. 4. §. 2. cont. tab.* Multò magis huc pertinent parentes, fratres, &c. Et sic quidem ad discretionem suorum hæredum. Nam aliàs omnes legitimi & honorarij successores ab extraneis rectè secernuntur,

EODEM NUMERO] Extraneorum videlicet: quoniam utrumque ex defuncti testamento consecutus non est, libertatem scil. & hæreditatem, §. 1. *sup. de har. inst.*

COMMENTARIUS.

1. *Extranei hæredes quotuplici sensu dicantur.*

SEquitur tertium genus hæredum, extranei, qui ijdem & voluntarij hæredes dicuntur, propterea quod his hæreditas voluntate acquiritur, ut si velint, liceat suscipere, *§. ult. inst. eod.* si nolint, non cogantur, *l. nec emere* 16. *C. de jur. del.* eaque appellatione commodius in distributione necessariis oppositi fuissent, ut initio monuimus. Sunt autem extranei seu voluntarij hæredes, in liberis hominibus omnes, qui non sunt sui & domestici: ac proinde qui ad hæreditatem sive ex testamento sive ab intestato vocati in potestate morientis non fuerunt, aut non proximo in familia gradu: ex servis, qui utrumque ex domini testamento non consequuntur, libertatem scil. & hæreditatem, §. 1. *sup. de hæred. inst. & hoc textu in fin.*

Qui in potestate nostra non sunt] Liberos intelligit emancipatos, quos constat per emancipationem è familia exire, & extraneos nobis fieri, *l. quin etiam* 55. *de rit. nupt.* Itaque sive hæredes à patre institutisint, sive ab intestato ad bonorũ possessionem à prætore vocentur, non efficiuntur ipso jure hæredes aut bonorum possessores: sed sua voluntate aut hæreditatem adeundo, aut bonorum possessionem agnoscendo. Sed & hodie etsi jure civili quoque ab intestato succedunt. *Nov.* 118. *c.* 1. Non aliter tamen, quàm si voluerint, & adierint hæreditatem, hæredes fiunt, ut ex communi sententia hic notat VVesemb. & suo tempore à nobis confirmabitur.

Qui hæredes à matre instituuntur] Quemadmodum fœmina liberos in potestate non habet, ita nec suos hæredes habere potest, *l. 4. §. 1. cont. tab.* Huc igitur multo magis pertinent parentes & fratres. Illud singulare est, quod frater impuberi fratri à patre substitutus necessarius fratri hæres fit. Etenim patri concessum est, quos sibi facit necessarios, eosdem & filio facere, *leg. 2. §. prius 4. in fin. l. 10. §. 1. de vulg. & pup. l. Iulian. 42. de acq. her.* Suum tamen hæredem hunc fratri non fieri, contra Bartol. probat Govean. *in d. l. 2. §. 4. & 5.* Omittendum verò hic non est, verbo extraneorum hæredum non semper intelligi omnes,

omnes, qui sunt voluntarij, aut omnes designati, qui non sunt sui. Nam & filius emancipatus ab extraneis discernitur, *l. filiusfam. 114. §. sed & si 16. de legat. 1. l. peto 69. §. pen. & ult. de legat. 2.* atque in *l. unic. C. de impon. lucrat. descrip.* appellatione extraneorum significantur soli, qui in numero descendentium non sunt: & patrono legitimo hæredi extrarius opponi videtur in *l. libertus 36. de bon. lib.* Sanè cùm de jure succedendi ab intestato quæritur, pro extraneis simpliciter habendi non sunt, qui, præteriti aut exhæredati, jure civili aut prætorio testamentum rescindere possunt. Quo in genere sunt liberi emancipati, quibus & exhæredatis querela de inofficioso, & præteritis bonorum possessio contra tabulas datur, ac jure novissimo etiam successio ab intestato una cum suis hæredibus defertur. Item liberi, qui nunquam in potestate fuerunt; qui & ipsi exhæredati matris aut avi materni testamentum inofficiosum dicere possunt. Quibus accedit, quòd ex constitutione Theodosij liberi omnes à parentibus instituti hæreditatem etiam non aditam, & ante apertas tabulas morientes, transmittant ad eos, qui ex se descendunt, *l. un. C. de his qui ante ap. tab.* qui effectus quidam est suitatis: & sui hoc amplius tantùm habent, quòd hæreditatem ignorantes transmittunt ad hæredes quosvis. Sed neque parentes prorsus extranei hæredes habendi, cum & ipsis præteritis querela inofficiosi competat. Quinetiam omnes, qui ab intestato sive à lege, sive à prætore ad successionem vocantur, suo sensu possunt dici non extranei, nimirum ad differentiam eorum, qui ab intestato venire non possunt: eoque sensu Gaius *lib. 2. tit. 3. in fin.* extraneos hæredes definit, qui nullo propinquitatis gradu testatori junguntur; quamvis inscitè eo loco, ubi extraneos & suos invicem in dividendo opponit. Ex his verò intelligi potest, quid sibi velit Baldus *in l. 9. col. 12. 3. opp. C. de collat.* cùm ait, extraneum dici tripliciter, à suitate, à filiatione, & à cognatione.

TEXTUS.

4. *In extraneis hæredibus illud observatur, ut sit cùm eis testamenti factio, sive hæredes ipsi instituantur, sive ij, qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur: testamenti quidem facti tempore, ut constiterit institutio: mortis verò testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius & cùm adit hæreditatem, esse debet cum eo testamenti factio, sive purè sive sub conditione hæres institutus sit. Nam jus hæredis eo maximè tempore inspiciendum est, quo acquirit hæreditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum, & mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris non nocet hæredi: quia, ut diximus, tria tempora inspici debent. Testamenti autem factionem non solùm is habere videtur, qui testamentum facere potest: sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alij acquirere. Et ideo furiosus, & mutus, & posthumus, & infans, & filiusfamilias, & servus alienus, testamenti factionem habere dicuntur. Licet enim testamentum facere non possunt: attamen ex testamento vel sibi vel alij acquirere possunt.*

NOTÆ.

4. IN EXTRANEIS] Ex Florent. *l. 49. §. 1. de hær. inst.* Ait *in extraneis*, quia in suis hæredibus vix est, ut locus sit quæstioni de capacitate.

QUI IN POTESTATE EORUM] Ratio est, quoniam institutio servorum, qui per se sunt incapaces, sustinetur ex persona domini, quocum testamenti factio est, *l. 31. d. t.*

TESTAMENTI FACTI TEMPORE] Hoc tempus necessariò inspiciendum, ut ab initio consistat institutio. Propter regulam Catonianam, *tot. tit. de reg. Cat.*

UT EFFECTUM HABEAT] Id est, ut dies eius utiliter cedat: quod fit, si quis sit mortis tempore, cui hæreditas utiliter deferatur, & qui eam adeundo possit consequi, *l. 52. de leg. 2.*

ET CUM ADIT HÆREDITATEM] Ita & Florent. *d. l. 49. §. 1.* Cæterùm non sufficit hoc tempore capacem esse, si qua mutatio juris hæredi contigerit post mortem testatoris aut conditionis eventum.

NON SOLUM, QUI TESTAMENTUM FACERE, &c.] *l. 16. qui test. fac.* unde interpp. testamenti factionem dividunt in activam & passivam. Propriè tamen illi soli testamenti factionem habere dicuntur, quibus testamenti faciendi jus est, *l. 3. l. 4. l. 19. h. t.*, *cum simil.* cùm aliis rectius & usitatius dicitur esse testamenti factio, *§. 6. sup. de test. ord. §. 24 inf. tit. seq. l. 31. de hær. inst.*

COMMENTARIUS.

1. *In successione ab intestato de capacitate hæredum*

dum diversis temporibus spectanda quæri non posse; de qualitate posse.

2. *Quid in successione ex testamento circa suos hæredes.*
3. *Notatur & refellitur insignis error VVesembecij.*
4. *Cum de capacitate inspicienda quæritur, nihil interesse, domini an eorum servi instituti sint.*
5. *Non satis subtiliter tempus adeundæ hæreditatis in considerandæ capacitate hæredis constitui terminum distinctum à tempore mortis.*
6. *Probatur invitis rationibus, tempus adeundæ hæreditatis neque in pura institutione tertium, neque in conditionali quartum terminum constituere.*
7. *In pura institutione ut duo sunt extrema, ita unum tantùm esse medium tempus, quod non noceat; in conditionali uti extrema tria, ita duo tantum media.*

EXpositis generibus & differentiis hæredum, pergit ad id, cuius cognoscendi causa differentiæ istæ præcipuè traditæ fuerunt, videlicet ad ipsam hæreditatis jure delatæ acquisitionem: & quia in extraneis hæredibus (in aliis enim, ut mox ostendemus, disputatio proposita inepta est) ad acquirendam hæreditatem necessariò requiritur, ut sint hæreditatis capaces; meritò primùm docet, quibus temporibus capacitas illa inspicienda sit, ut hæreditatem sibi delatam obtinere possint. Qua de re ut habeamus, quod certò statuere liceat; primùm distinguendum est inter successionem ab intestato & successionem ex testamento: deinde inter qualitatem hæredis & ejusdem capacitatem. In successione ab intestato de capacitate hæredũ diversis temporibus spectanda disputari non potest; cùm nemo ad successionem ab intestato vocetur, qui non sit capax tempore mortis eius, de cuius hæreditate agitur. De qualitate autem quæri potest, putà quo tempore spectandum, an quis suus sit, aut proximus agnatus. Placuit autem, in eo inspici tempus delatæ hæreditatis; quod tempus plerumque quidem idem est cum tempore mortis, sed tamen non semper, §. *cùm autem 7. inf. de hared. qua ab int.* §. *proximus 6. inf. de leg. agnat. succ.* quibus locis diligenter hoc à nobis exponitur. In successione ex testamento 2 in suis hæredibus vix est, ut locus sit quæstioni de capacitate, cùm non possit non esse cum suo hærede testamenti factio. Cæterùm quod ad qualitatem, hoc est, suitatem pertinet, quæri potest, utrum necesse sit eos utroque tempore suos esse & testamenti facti & mortis testatoris; an satis sit, tales fuisse saltem altero, id est, tempore mortis. Sed verius est, sufficere, tales esse tempore mortis, etsi tempore testamenti non fuerint, *per leg. si quis 18. de iniust. rupt. leg. filio 23.* §. *1. de lib. & posth.* ut tamen & testamenti tempore capaces fuerint, omnino necesse est: alioqui Catoniana regula impedietur institutio. Notandus autem hic est insignis error VVesembecij, qui scribit, non fuisse necesse, ut de suis & necessarijs eadem moneremur, propterea 3 quod ex persona testatoris testamenti factionem habeant. Quis enim unquam fando audivit, quenquam habere testamenti factionem ex persona testatoris? cum servo testamenti factio est ex persona domini, & sustinetur servi alieni institutio, si cum domino testamenti factio est, quasi ipse dominus mediatè per servum institutus esset, *leg. non minus 31 de hared. inst. leg. 10.* §. *1. de acq. rer. dom.* Sed hoc ad servum necessarium hæredem qui applicari potest: aut qui potest domini persona accommodari servo, ubi idem dominus est & testator? Sed valet hic institutio ex persona ipsius hæredis, quatenus consideratur ut jam liber & civis Romanus, quo tempore testamento deferri incipit hereditas. Dicere verò, filiumfam. hæredem institutum aliundè personã mutuari, sive ab extero hæres institutus sit, sive à patre, intolerabile est. Ut ad rem redeam, tota ferè quæstio de inspicienda diversis temporibus capacitate, ad extraneos hæredes, eosque testamento institutos, pertinet; quemadmodum etiam hic de extraneis hæredibus proposita est ex Florentino *l. si alienum 49.* §. *1. de hær. inst.* Quàm rectè dicatur, & quam rationem habeat, quod tria tempora hic observentur, tempus facti testamenti, mortis testatoris, & hæreditatis adeundæ, ex progressu liquebit.

Sive ij qui in potestate eorum sunt.] Cùm extranei hæredes aliàs capaces sint, aliàs incapaces, & eorum, qui sunt capaces, non minùs servi, quàm illi ipsi hæredes instituti possint: quæri poterat, an quibus temporibus capacitas eorum spectatur, cùm ipsi hæredes instituti sunt, ijsdem etiam eadem spectetur, cùm instituti sunt eorum servi. Ait autem Imp. hic post Florentin. *d. leg. si alienum*, §. 1. nihil in proposito interesse, utrum ipsi domini hæredes instituti sint, an servi eorum. Et rectè, nam cùm servorum, qui ipsi per se incapaces sunt, institutio sustineatur ex persona domini, quocum testamenti factio est, *l. non minus 31. de hær. inst. l. 12.* §. *2. de legat. 1.* consequens omninò est, testamenti factionem ijsdem temporibus cum domino esse oportere, servo eius hærede instituto, quibus oporteret, si ipse hæres institutus esset: proinde & facti testamenti tempore & mortis testatoris. Hinc tamen patri contradicere videtur Terentius Clemens *l. si servus 82. de acq. her.*

hær. Ait enim, servum eius, qui capere non potest, & hæredem instituí posse, & eum ipsum, si, antequam jussu domini adeat, manumissus sit, ad hæreditatem admitti. Verùm ut totus iste locus & loci inscriptio ostendunt, non loquitur Clemens de servo eius, qui omninò non est capax, aut cum quo simpliciter non est testamenti factio, qualis est peregrinus aut deportatus, (nam & hunc nihil prohibet servum habere, *l. 7. de legat. 3.*) sed de servo eius, cum quo quidem ut cive Romano testamenti factio est, sed qui capere non potest ex ejus testamento, qui servum instituisse proponebatur. Erant enim inter cives, qui ex quorundam testamentis aut nihil aut partem tantùm capere poterant, ut cœlibes, orbi, *vid. sup. pr. de her. inst.* aliter respondet Cujac. *ad d. l. si alienum, §. 1. de hær. inst.*

Duobus temporibus, testamenti facti, & mortis testatoris] Mox tamen adjicit & tertium tempus, scilicet quo adeunda hæreditas: uti & Jurisconsultus *d. l. si alienum, §. 1.* De duobus temporibus, testamenti & mortis testatoris, res expedita est. Nam testamenti tempus ideo necessariò inspiciendum est, ut constet institutio, nimirum propter regulam Catonianam, quæ initium spectari vult, nec patitur, institutionem, quæ ab initio non valuit, ex postfacto convalescere, *tot tit. de reg. Caton.* Mortis verò ideò, ut effectum habeat institutio, hoc est, ut dies eius utiliter cedat. Quod fit, si quis sit eo tempore, cui hæreditas utiliter deferatur, quique eam adeundo sibi acquirere possit, *l. non oportet 52. de legat. 2.* Quod verò duobus istis temporibus Imp. & Jurisconsultus *d. l. si alienum. §. 1.* tertium adjungunt, tempus scilicet adeundæ hæreditatis, eoque tempore non minùs, quàm superioribus, atque ut distincto à tempore mortis, capacitatem hæredis inspiciendam ajunt; idq; sive purè, sive sub conditione institutus sit, satisne subtiliter aut consideratè ab ijs dicatur, meritò dubitaveris. Mihi enim, ut dicam, quod sentio, Jurisconsultus, cujus verba descripsit Tribonianus, non satis cautè eo loco locutus videtur: neque id temere à me dictum mox fatebere.

Hoc amplius & cùm adit hæreditatem, &c. sive purè sive sub conditione institutus sit] Ita quoque Jurisconsultus in *d. l. alienum, §. 1.* nimirum ergo Imp. & Jurisconsultus hoc ajunt, præter priora duo tempora, testamenti sc. & mortis testatoris, etiam adeundæ hæreditatis tempus circa capacitatem hæredis spectari, sive purè, sive sub conditione instituti. Mihi verò hoc inconsideratius dictum videtur, & sive pura sit institutio, sive conditionalis, tempus adeundæ hæreditatis in consideranda capacitate hæredis non benè constitui terminum distinctum à tempore mortis aut conditionis existentis. Primum enim ubi pura institutio est, nego plura tempora in proposito spectari, quàm duo illa testamenti facti & mortis testatoris: tempus autem adeundæ hæreditatis à tempore mortis ajo distingui non oportere. Quod sic demonstro, Hæres purè institutus aut incapax tempore mortis invenitur, aut capax. Si incapax, frustrà quæritur de eius capacitate tempore additionis hæreditatis, cùm qui capax non est tempore mortis, & si postea capax fiat, hæreditatem acquirere non possit, quod ipsum etiam hoc loco & *d. l. si alienum, §. 1.* apertè significatur, cùm ad hoc ut effectum habeat institutio, requiritur ut institutus capax sit tempore mortis: neque ratio juris aliud patitur, secundùm quam constat, tempus additionis cum tempore mortis conjungi, *l. hæres 54. de acq. hær. l. omnia 193. de reg. jur.* Si est capax, & deinde hæreditate nondum adita incapax factus, post aliquantò in pristinam causam restitutus sit, hic quidem temporis adeundæ hæreditatis tanquam tertij extremi ratio aliqua haberi poterat; cæterùm non haberi, ac ne sic quidem hæreditatem instituto acquiri posse, ex eo evincitur, quod in pura institutione unum tantum tempus intermedium est, quo hæredi mutatio juris non noceat, tempus scilicet, quo intercedit inter factum testamentum & mortem testatoris: ex quo portò hoc sequitur, in pura institutione duo tantum esse extrema, quæ circa capacitatem hæredis considerentur, tempus testamenti conditi, & mortis testatoris. Per hunc *text. vers. medio autem, & d. l. si alienum, §. 1. vers. eod.* Denique certum est, non tantùm mortuo hærede instituto, sed etiam eo deportato aut servo facto ante aditam hæreditatem, statim locum fieri substitutis aut hæredibus ab intestato, *l. Gallus 29. §. & quid 5. de lib. & posth. lib. 3. §. 1. de his quæ pro non script.* Sed nec in conditionali institutione rectè dicitur, circa capacitatem hæredis inspici tempus additionis: sed præter duo priora inspicitur etiam tempus existentis conditionis, ita ut tria quidem hic sint extrema, sed præter tempus testamenti & mortis, tum inspicitur existentia conditionis, non etiam tempus adeundæ hæreditatis: alioqui enim dicendum foret, quod inauditum est, in conditionali institutione quatuor tempora distinctè consideranda esse, testamenti, mortis, conditionis existentis, & quo aditur hæreditas: siquidem conditio existens hæredem scriptum jure hæredem non facit; sed tantùm institutionem purificat, ut ad acquirendam extraneo hæreditatem nihilominus adhuc opus sit aditione. Quid quod nec Imperator ipse aut Jurisconsultus *dict. loc.* plura tempora in conditionali institutione agnoscunt, quàm tria ista, quæ diximus? ajunt enim, medio tempore

tempore inter factum testamentum & mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutationem juris non nocere hæredi. Quòd si tempus adeundæ hæreditatis quoque eodem modo spectaretur, addere debebant, æquè medio tempore inter conditionem existentem, & aditionem hæreditatis, mutationem juris hæredi non obesse. Effectum igitur est, tempus aditionis hæreditatis neque in pura institutione constituere terminum tertium, neque in conditionali quartum: ac proinde parum considerate tempus illud hoc loco confertur cum prioribus. Et omninò existimo, eo, quod hic traditur de inspicienda capacitate hæredis etiam quo tempore de adeunda hæreditate agitur, nihil aliud significari, quàm eum, qui isto tempore capax non est, licet cæteris temporibus capax fuerit, hæreditatem adeundo acquirere non posse; & quamvis hæc monitio penè inepta videatur, cùm contradictoria sint incapacem esse, & posse acquirere hæreditatem, tamen non alium illorum verborum sensum esse patet ex eo, quòd cùm de extremis agitur & intermediis, quæ non nocent, temporibus, tempus adeundæ hæreditatis inter ea extrema non agnoscitur, utpotè quo capacem esse hæredi nihil prosit, si aliquando aut post mortem testatoris an post conditionis existentiam incapax fuerit.

Medio tempore inter factum testamentum & mortem testatoris, vel conditionem] Hic expressa habeamus tempora omnia, & quæ considerantur ut extrema, 7 & quæ insuper habentur ut intermedia. In pura institutione extrema duo sunt, testamenti & mortis testatoris; medium unum, quod inter duo ista interjectum est. In institutione conditionali extrema tria; nam tertium in ea facit existentia conditionis: media, quæ non nocent, duo. Quippe secundum medium in ea est, quod intercedit inter mortem testatoris & conditionem institutionis existentem. Præter hæc neque aliud extremum, neque intermedium numeratur. Unde apparet, verba, quæ sequuntur, *quia, ut diximus, tria tempora inspici debent*, eadem, qua supra, inconsiderantia prolata esse, & vel non attento tempore conditionis existentis, vel duobus temporibus, mortis & existentis conditionis, pro uno computatis, fortè quod posterius retrotrahitur & conjungitur cum priore. Illud nullam rationem habet, quod Jo. Faber contendit, in conditionali institutione non esse necesse, ut hæres capax sit tempore mortis testatoris. Nam si tempore testamenti facti id exigitur, fortiore ratione idem exigetur tempore mortis, quod, quoniam morte testamentum confirmatur, magis principale habendum est: & jam dictum est, tempus conditionis existentis retrotrahi ad tempus mortis & cum eo conjungi, uti & tempus aditæ hæreditatis: at qui hoc fieri non potest, si tempore mortis cum hærede non fuerit testamenti factio. Itaque nullius momenti est argumentum Fabri, quod tantùm facit in conditionali institutione tempus existentis conditionis, quantùm in pura tempus mortis. Nam etsi ex conditionali institutione non defertur hæreditas tempore mortis, sed demum existente conditione; quam ob causam etiam in capacitate hæredis inspicienda illius temporis ratio habetur: nihilominùs tamen & tempus mortis in eodem negotio spectandum est: quia existente conditione ad id tempus statim recurritur, & perinde habetur, ac si purè institutio facta esset: nec verò ob aliam causam institutio conditionalis sustinetur, quàm quod conditione quandoque existente eventus ejus ad tempus mortis retrotrahitur, & pro eo res habetur: ac si purè hæreditas relicta sit. De quo ex professo *sup. § hæres 9. de her. inst.* Sed & apertè satis hoc ipsum significat Justinianus, cùm ait, tria tempora inspici debere: hoc enim tam de conditionali, quàm pura institutione dici palàm est. At ex tribus istis temporibus unum est tempus mortis: refert enim se ad tria illa; quæ antea enumeraverat: ut verò extrema habilia sint necesse est. Hæc pleriſque aut ignota, aut intacta, ut *Viglio, Mynſ. Hotom. VVesemb. &c.*

Ex alieno testamento capere] Testamenti factione duplex jus continetur, faciendi testamentum, & ex testamento capiendi. Hinc vulgò DD. testamenti factionem dividunt in activam & passivam. Quamvis enim propriè is solus testamenti factionem habere dicatur, cui testamenti faciendi jus est: videmus tamen, nostros aliquando pinguius ita loqui, ut eos quoque dicant testamenti factionem habere, qui tantùm capere ex testamento possunt. *l. filius fam. 16. qui test. fac. l. ult. pro hæred.* cum quibus esse testamenti factio rectius dicitur & usitatius, ut alibi ostendimus.

Furiosus] Marcellus *d. l. filius fam. 16. § 1 qui test. fac.* scribit, furiosum ideo testamenti factionem habere, quia potest sibi acquirere legatum vel fideicommissum. Non addit, hæreditatem quoniam eam hæres scriptus, donec resipiscat, nec sibi nec alij acquirere potest, extra quàm si patri necessarius hæres existat, *l. furiosus 63. de acq. hær.* Planè curator furiosi bonorum possessionem eius nomine agnoscere potest, *l. ult. § si autem 3. C. de cur. fur. l. 1. de bon. possess fur. infam. &c.*

TEXTUS

TEXTUS.

5. *Extraneis autem hæredibus deliberandi potestas est de adeunda hæreditate, vel non adeunda. Sed sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hæreditatis; sive extraneus, cui de adeunda hæreditate deliberare licet, adierit, posteà relinquenda hæreditatis facultatem non habet, nisi minor sit* XXV. *annis. Nam hujusmodi ætatis hominibus, sicut in cæteris omnibus causis, deceptis, ita & si temerè damnosam hæreditatem susceperint, prætor succurrit. Sciendum est tamen, divum Hadrianum etiam majori* XXV. *annis veniam dedisse, cùm post aditam hæreditatem grande æs alienum, quod aditæ hæreditatis tempore latebat, emersisset. Sed hoc quidem divus Hadrianus cuidam, speciali beneficio præstitit. Divus autem Gordianus posteà militibus tantummodò hoc concessit. Sed nostra benevolentia commune omnibus subjectis imperio nostro hoc beneficium præstitit: & constitutionem tam aquissimam, quàm nobilissimam scripsit, cujus tenorem si observaverint homines, licet eis adire hæreditatem, & in tantum teneri, quantum valere bona hæreditatis contingit: ut ex hac causa neque deliberationis auxilium sit eis necessarium, nisi omissa observatione nostræ constitutionis & deliberandum existimaverint, & sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.*

NOTÆ.

5. EXTRANEIS HÆREDIBUS] Ex Florent. *l.* 49. *§.* 1. *de hær. inst.* Ait, *extraneis*, quia deliberatio extraneorum hæredum propria est. Cæterùm postquam suis hæredibus à prætore concessa facultas abstinendi, etiam deliberandi eis data, *l.* 8. *& seq. de jur. del. l.* 19. *C. eod.*

DELIBERANDI POTESTAS] Si creditores, legatarij, &c. non urgeant, potest hæres vel intra 30. annos adire: si instent, aut statim adire debet, aut tempus ad deliberandum petere, *l.* 9. *C. eod.* ut interim instrumenta hæreditaria & rationes defuncti inspiciat, *l.* 5. *D. eod. l.* 28. *de acq. hær.* à Principe annus conceditur, à judicibus novem menses, *l. ult. §.* 13. *C. d. t.* olim id fuit arbitrarium, *l.* 1. *§.* 2. *D. eod.*

IMMISCUERIT SE] Sui non dicuntur adire próve hærede gerere, aut repudiare, quæ iis solis conveniunt, quibus hæreditas tantùm oblata est; sed immiscere, aut abstinere, quæ propriè dicuntur de rebus patris & jam nostris, *l.* 14. *§.* 1. *de relig. l.* 11. *l.* 57. *l.* 71 *§.* 1. *l.* 87. *de acq. hær.* quanquam interdum hæc accuratio negligitur, *l.* 7. *§.* 10. *de minor. l.* 6. *C. de leg. hær.*

POSTEA, &c. FACULTATEM NON HABET] Regula enim juris est, neminem posse hæreditatem semel sibi quæsitam relinquere aut repudiare, *l.* 4. *C. de rep. hær. l.* 10. *C. de jur. del.*

NISI MINOR 25. ANNIS] *l.* 7. *§.* 5. *de minor.* ex generali nimirum illo edicto, propter inconsultam huius ætatis facilitatem.

DAMNOSAM HÆREDITATEM] Et ex contrario, si lucrosam temerè repudiaverint, *l.* 2. *C. si ut om. hær.*

GORDIANUS] Meminit Just. *l. ult. pr. Cod. de iur. del.*

COMMUNE BENEFICIUM] Quod vulgò appellatur beneficium inventarij, propterea quod confecto secundùm formam à Justiniano præscriptam rerum hæreditariarum inventario, hæres hoc beneficium consequitur.

CONSTITUTIONEM] Extat in *d. l. ult. C. de jur. del.* add. *Nov.* 1. *c.* 2.

QUANTUM VALERE BONA] Simul hoc etiam consequuntur, ut ne actiones, quas ipsi contra defunctum habuerunt, confundantur, *dict. leg. ult. §.* 9.

NISI OMISSA OBSERVATIONE, &c.] Quo casu & creditoribus in solidum tenentur, & si non fecerint inventarium, privantur beneficio Falcidiæ, *d. l. ult. §. pen.* novissimo jure etiam solida legata hi præstare coguntur, quamvis vires patrimonij excedant, *d. Nov.* 1. *c.* 2.

COMMENTARIUS.

1. *Hæredem tam in onera, quàm in commoda hæreditaria succedere.*
2. *Jus deliberandi quorum causa & cuius rei gratia comparatum; quis eius effectus, & quid hic de suo contulerit Justinianus.*
3. *Etiam suis hæredibus iure prætorio deliberandi facultatem esse.*
4. *Post aditionem aut immixtionem hæreditatem derelinqui non posse, nisi à minore* 25. *annis per restitutionem in integrum.*
5. *Maioribus ex clausula generali vix esse ut hic succurratur.*

6. *Beneficium inventarij.*
7. *Quæ neglecti huius beneficij pœna.*
8. *Ius hodiernum circa adeundam sub beneficio inventarij hæreditatem.*

1 HÆres susceptæ hæreditate in jus & locum defuncti succedit, eumque in omnibus, quæ personæ non cohærent, repræsentat, *l. hæres 37. de acq. hær. l. nihil 24. de verb. sign. l. hæreditas 62. de reg. jur. iunct. leg. 8. §. 3. de lib. leg.* Hoc autem cùm dicimus, intelligimus: hæredem succedere non tantùm in jus, quòd defunctus habuit adversus alios; verùm etiam in id jus, quo defunctus aliis tenebatur: in summa, hæredem tam onerum & incommodorum successorem esse, quàm commodorum hæreditariorum: ac proinde obligari eum etiam æri alieno defuncti, eoq; nomine à creditoribus hæreditariis cõveniri posse, conventum ijs respondere, eorumq; actiones, quæ ex cõtractibus defuncti descendunt, suscipere cogi, etiamsi hæreditas solvendo non sit, *l. 8. de acq. hær. l. 2. C. de hær. vel. act. vend leg. ult. Cod. de hær. act. §. 1. inf. de perp. & temp. act.* Quæ cùm ita sint, periculosum sanè atq; anceps est, hæreditatem aut adire statim, aut statim repudiare: illud, ob periculum æris alieni, quòd initio latere potest, hoc, ne temerè repudiando lucrosam hęreditatem amittamus. Cæterùm adversus hujusmodi periculũ duo remedia hæredibus cunctantibus comparata sunt, sive ex testamento sive ab intestato ad hæreditatẽ vocatis, ac proposita non extraneis tantùm de adeundo aut repudiando, sed etiam suis hæredibus de immiscendo aut abstinendo cogitantibus. Unum vetus est, jus deliberandi, de quo in pr. hujus §. alterum novum, à Justiniano primum introductum, beneficium scilicet inventarij, quod indicatur vers. *Sed nostra.* Quod attinet ad jus deliberandi, sciendum est, id non tantùm hæredis gratia comparatũ esse, sed eorum quoque, quorum interest, hæreditatem statim aut adiri aut repudiari, putà creditorum, substitutorum, eorúmve, qui ab intestato venire possunt. Quin etiam hoc remedio, si nemo istorum sit, qui urgeat, non admodum hæredi opus est; quippe cui liberum, tam diu hæreditatem amplecti, quamdiu eam non recusaverit, *l. 9. Cod. de iur. del.* neque enim tempus ullum adeundæ hæreditati legibus præstitutum est; & si aliquo tempore, solùm longissimo, id est, præscriptione 30. annorum, jus hæredis excluditur. *DD. comm. per leg. Cod. de præscr. 30. ann. Iaſ. in leg. 8. Cod. de iur. del. Coraſ. 6. miſc. 21.* Cæterùm si sint, qui urgeant, hic prædictum remedium hæredi necessarium est, nisi paratus sit statim aut hæreditatem suscipere, aut possessionem bonorum pari, aut aliorum successionem, *leg. ſi quis 13. §. 2. de hær. inſt. leg. quamdiu 69. de acq. hær.* Hæc enim tunc ei optio datur, ut aut statim respondeat, hæres, nécne, esse velit, aut tempus ad deliberandum petat, *l. 9. C. de iur. del.* Tempus hoc olim positum erat in potestate jus dicentis, qui pro arbitrio suo deliberationem petenti diem præstituebat, *leg 1. in fin. d. tit.* non utique ut ex libidine sua id faceret, sed ut pro prudentia sua statueret tempus moderatum, *d. l. 9. Cod. eod.* quantùm scilicet sufficere videretur ad cognoscendas facultates defuncti, nec pauciores daret, quàm centum dies, *l. 2. eod. tit.* Justinianus summum tempus, si à Principe deliberatio petatur, annum esse voluit; si à judicibus, novem menses, *l. ult. §. & ſiquidem 13. C. eod.* Impetrato tempore ad deliberandum, licet hæredi interea explorare vires patrimonij defuncti, petere, ut rationum defuncti & instrumentorum hæreditariorum inspiciẽdorum sibi copia fiat; ut instruere se possit, atque apud se constituere, expediat, nec ne, agnoscere hæreditatem, *l. 5. eod. l. Ariſtot. 28. de acq. hær.* Quòd si intra diem præstitutũ hæreditatem non agnoverit, respectu substituti aut hæredis legitimi, hæreditas pro repudiata habetur, *l. quamdiu 69. de acq. hær.* Creditoribus autem obligatur perinde ac si adijsset, *d. l. ult. §. pen. C. de iur. del.* nimirũ prout utile ei est, ad cujus instantiam tempus est præfixum, ita silentium deliberantis pro aditione aut repudiatione haberi debuit. A Justiniano hoc etiam hęredibus tributum, ut intra annũ, ex quo hæreditatem sibi delatam esse cognoverint, decedẽtes, cùm ipsi eam nec adiissent nec repudiassent, jus deliberandi atque adeundi intra tempus, quod ex eo anno reliquum est, in quosvis hæredes transmittant, *l. cum in antiquioribus 19. C. d. tit.* eoque jure etiam nunc utimur. *Grot. lib 2. manuduct. c. 12.*

Extraneis hæredibus] Jus deliberandi de adeunda vel repudianda hæreditate, extraneorum & voluntariorum hæredum proprium est. Nam in suis hæredibus, si jus civile spectamus, quo etiam sunt necessarij, locus esse deliberationi non potest: quippe cum sine ullo suo facto, ipso jure statim hæredes existant, nec potestatem habeant hæreditatem ita quæsitam derelinquendi. Cæterùm postquam prætor suos ad instar voluntariorum redegit, dato beneficio abstinendi, consequens fuit, ut etiam jus deliberandi eis daret exemplo extraneorum hæredum voluntariorum; ut quemadmodum extraneis jus est deliberandi, utrum adeant, an repudient, ita suis deliberandi jus sit, utrum immiscere se paternæ hæreditati, an ea abstinere, consultius putent, *l. 8. & leg. ſeq. de jur. delib. leg. cum in antiquioribus 19. C. eod.*

Poſtea

Postea relinquendæ hæreditatis facultatem non habet nisi minor sit] Tempus deliberandi ab hærede prius petendum est, quàm hæreditatem adeat, aut se immisceat. Regula enim juris est, Neminem posse hæreditatem semel sibi quæsitam, sive per aditionem sive per immixtionem, relinquere aut repudiare, *l. 4. C. de repud. har. l. 10. C. de iur. delib.* Neque 4
prætor cuiquam post aditionem aut immixtionem subvenit per in integrum restitutionem, nisi minor sit 25. annis, qui temerè & inconsulta facilitate lapsus damnosam hæreditatem adiisse aut appetiisse proponatur: quippe cuius ætatis hominibus prætor ex generali edicto, quod est de minoribus, succurrit, ut etiam post agnitam hæreditatem se possint abstinere, *l. 7. §. sed & si 5. de minorib. l. necessariis 57. §. 1. de acq. har.* quemadmodum ex contrario quoque si quis juvenili levitate ductus omiserit aut repudiaverit hæreditatem aut bonorum possessionem, aliquando à prætore restituitur, ut eandem agnoscere liceat, videlicet si omnia sint in integro, *l. quod si minor 24. §. 2. de minorib. l. 1. & 2. C. si ut omiss. har.* Liberis impuberibus hoc amplius concessum, ut omnimodò se abstinere possint, id est, nec adito prætore, sive se immiscuerint sive non immiscuerint, *l. 11. d. leg. necessarijs, de acq. har.*

Veniam dedisse] Quod jus cùm singulare fuerit, uni 5
ex singulari gratia à Principe concessum, ut mox sequitur, ad consequentias produci non debuit. Et ideo existimo, contra quam VVesemb. & Bachov. nec prætorem in proposito majoribus 25. annis subvenire solitum ex clausula generali edicti, *Item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur.* Meritò namque his objicietur, quod cùm possent, spatium ad deliberandum non petierint. Aut enim contempserunt beneficium juris, & indigni sunt auxilio; aut stultè omiserunt, id est, in jure errantes, quibus succurri non solere constat, *leg. pen. in pr. & §. ult. de iur. & fact. ign.* Planè si nihil sit, quod hæredi imputari queat, non negaverim, causa cognita audiendum; veluti si emerserit postea æs alienum, quod toto tempore deliberationis latuerat, nec sciri ab hærede, quamvis omnia diligenter explorante, potuit, *per d. leg. 8. de iur. del.* Neque enim simplex facti ignorantia cuiquam nocere debet.

Gordianus postea militibus] De jure, quod Gordianus militibus concessisse dicitur, sic scribit Justinianus *l. ult. C. de iur. delib. Sed & veterem constitutionem non ignoramus, quam D. Gordianus ad Platonem scripsit, de militibus, qui per ignorantiam hæreditatem adierunt, quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hæreditate defuncti invenerint, ipsorum autem bona à creditoribus hæreditarijs non inquietentur.* Et hoc jus constitutionemque Gordiani postea *§. ult. eiusd. l.* confirmat, hoc addito, propterea à se introductum, ut etsi milites inventarium non fecerint, non ampliore tamen summa teneantur, quàm in hæreditate invenerint.

Sed nostra benevolentia commune omnibus hoc beneficium, &c.] Poterat tam paucis verbis, quàm quibus benevolentiam suam commendat, ipsum beneficium explicare. Est autem illud, quod vulgò appellatur beneficium inventarij, propterea quod confecto solenni rerum hæreditariarum inventario hæres hoc beneficium consequitur. Summa ferè constitutionis Justiniani, quæ extat in *l. ult. C. de* 6
iur. del. hæc est, ut hæres intra 90. dies, ex quo sibi delatam esse hæreditatem sciet, si res propinquæ sint, intra annum, si longius absint, inventarium rerum omnium hæreditariarum, præsentibus tabulariis, ac testibus non minus tribus, cæteriscque, qui ad hujusmodi confectionem necessarij sunt, putà creditoribus, legatariis, eorúmve procuratoribus, *Nov. 1. cap. 2.* conficiat, ipse sua manu id subscribat, aut à tabulario testibus præsentibus subscribendum curet. Quo ita legitimè confecto consequitur beneficio Justiniani, ut ne ultra vires hæreditarias teneatur, néve actiones, quas ipse contra defunctum habuit, aditione confundantur, sed ut possit nõ minùs quod sibi debeatur, retinere, quàm creditores extranei suum exigere: quorum neutrum hæredi tribuebatur jure veteri, *l. 8. de acq. har. leg. sicut 75. de solut. leg. 7. Cod. de pact.* Confectum ab hærede fiduciario inventarium rectè hæredi fideicommissario cedi, cessumque ei prodesse; aut si hæres non fecerit, ipsum sibi fideicommissarium rectè facere, post Bart. in *leg. qua ratione 11. §. quod vulgo. num. 9. & 10. ad leg. Falc.* tradit *Iaſ. in add. ad Porc. §. sed quia 7. inf. de fideic. har.*

Nisi omissa observatione nostra const. deliberandum existimaverint] Etsi Justiniano visum est, post introductum à se beneficium inventarij antiquum jus deliberandi penitus esse supervacuum; tamen ut ipse testatur, motus plerorumque supplicationibus, veteri remedio adhuc uti cupientium, jus illud liberum reliquit, *d. l. ult. §. & hac quidem 13. C. de iur. del.* Et vetò cur relinqueret, magna causa fuit. Habet enim confectio 7
inventarij hoc incommodum, quod necesse est detegi defuncti facultates; quod plerique omnes, si liceat, minimè volunt. Deliberationem autem ita admisit, ut eam perentibus, & intra præfinitum tempus hæreditatem adeuntibus, hæc duo onera imposuerit tanquam pœnam contempti beneficii sui: primum ut creditoribus in solidum tenerentur; quamvis inventarium cùm

omni subtilitate, ut ipse loquitur, fecerint: alterum, ut si non fecerint inventarium, etiam beneficio Falcidiæ privarentur, *d.l.ult.§.pen.* Novissimè hoc insuper cavit, ut hæres inventarium non conficiens solida legata præstet, etsi vires patrimonij excedant. *Nov 1.cap.2.* Plura ad inventarium pertinentia qui nosse desiderat, adeat *DD.in d.leg. ult. Clar.§.testamentum,quæst.46. Graff. lib.2.art. Inventarium per tot.* Apud Burgundiones, & in universa
8 Gallia,item in hisce regionibus, invaluit,ut jus pro hærede gerendi cum beneficio inventarij pro speciali gratia habeatur, ac propterea id à Principe impetrandum sit, aut à Curijs ultimæ jurisdictionis, quemadmodum apud nos, *art.instr.cur.sup.23.* Impetrato autem beneficio, tenetur hæres per apparitorem aliosve ad hoc publicè constitutos,præsentibus duobus testibus; intra dies 40. inventarium omnium bonorum hæreditariorum conficere; dein curare, ut res mobiles æstimentur: actum demum, præstita cautione reddendarum rationum; possessio administratioque bonorum ei permittitur, uti cautum uberius constitutione Caroli Quinti; edita anno 1544. *Sande lib.4.tit.12.defin 1.* Sed & ita demum hoc beneficium conceditur, si non alius de cognatione defuncti purè & simpliciter omissoque beneficio hæreditatem adire paratus sit: quod & diplomati sive mandato inseri solet. Hoc autem procul dubio institutum est, partim propter utilitatem creditorum, ut ab eo, qui simpliciter adit, solidum consequantur; partim ut honori defuncti consulatur; qui si nemo sine cautione inventarij bona eius susipere velit, vulgò creditur solvendo non fuisse. Qua de re adeundi *Chass. ad consuet. Burg. tit.7. §.13. Baro ad hunc §. Peck. lib.1.de test.coniug.cap.35. Gudelin.de jur.nov.lib. 2.cap. 18. Grot. 2. manud. cap. 21. Christin. vol. 4. decis. 22.* Planè extranei idem offerentes non audiuntur, ac ne maritus quidem aut uxor. *decis. supremi apud nos Senatus 7. Peck.d.cap.35. Zypæus not. iur. Belg. Cod.de iur.delib.*

TEXTUS.

6. Item extraneus hæres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hæreditatem vocatus, potest aut pro hærede gerendo, aut etiam nuda voluntate suscipiendæ hæreditatis, hæres fieri. Pro hærede autem gerere quis videtur, si rebus hæreditarijs tanquam hæres utatur, vel vendendo res hæreditarias, vel prædia colendo, locandove: & quoquo modo voluntatem suam declaret, vel re, vel verbo, de adeunda hæreditate: dummodo sciat, eum, in cujus bonis pro hærede gerit, testatum intestatumve obijsse, & se ei hæredem esse. Pro hærede enim gerere est pro domino gerere. Veteres enim, hæredes pro dominis appellabant. Sicut autem nuda voluntate extraneus hæres fit: ita contraria destinatione statim ab hæreditate repellitur. Eum, qui surdus vel mutus natus,vel postea factus est, nihil prohibet pro hærede gerere, & acquirere sibi hæreditatem: si tamen intelligit, quod agit.

NOTÆ.

6. TANQUAM HÆRES UTATUR] Potest enim quis attingere res hæreditarias, ut tamen id non facit quasi hæres; putà si quid pietatis aut custodiæ causa fecerit, aut si suum putavit, *l.20.pr. & §.1.de acq.har.*

VENDENDO RES HÆREDITARIAS, &c.] Nisi contra doceat, se nihil horum quasi hæredem fecisse, *d.l.20. §.1.l.1. C.de rep. har. l.1. C.de jur.d.l.* Quædam etiam sunt, quæ citra nomen & jus hæredis nemo facere potest. Exempl.in *d.l.20.§.4.l.42. §.2.eod.*

DUMMODO SCIAT] Vid. *l.19. l.22. l.32.§.ult. eod*

IN CUIUS BONIS PRO HÆREDE GERIT] Hic verbum *pro hærede gerere* latius videtur accipi, quàm in *pr.§.* Nam horum verborum *pro hærede gerere*, & *adire* etiam generalis significatio est, alterumque pro altero & unum pro utroque interdum usurpatur, *l.11.de interr.in iur.l.88.de acq har.*

CONTRARIA DESTINATIONE] Sic tamen, ut declaret se hæredem esse nolle vel verbis, vel scripto nutúve, *l.95. eod.* aut re aliqua & facto,unde ea voluntas colligatur. Exempl.*in l.17.§.1.n.77. eod.l.23.§.1.de inoff.test.*

COMMENTARIUS.

1. *Doctrinam huius §. propriè pertinere ad hæredes extraneos.*
2. *Duo duntaxat esse, distincta tamen inter se, genera acquirendæ hæreditatis, additionem, & pro hærede gestionem.*
3. *Qui plura genera statuunt, eos egregiè imponere studiosis disciplina iuris.*
4. *Gestionem nihil aliud fuisse, quàm solennem quandam*

quandam additionem, contra quam Ioseph Scaliger, & cur nulla hic cretionis mentio.

5. *Quibus ex rebus in eo, quod geritur, animus pro hærede gerendi deprehendatur.*

6. *Porcij, Angeli, & Bachovij opinio de nuda animi destinatione notata.*

7. *Vt quis adeundo aut pro hærede gerendo hæres fiat, quarum rerum eum gnarum esse oporteat.*

8. *Variæ circa etymologiam hæredis opiniones.*

9. *In repudiante hæreditatem eadem ex contrario, quæ in admittente requiri.*

10. *Etiam surdos & mutos pro hærede gerere posse.*

11. *Quid si hæreditas delata sit furioso, impuberi, infanti.*

1 HIc §. ad suos hæredes non pertinet, sed ad extraneos duntaxat. Explicantur enim hîc rationes proximæ, seu modi, quibus hæreditas acquiritur, aut eius acquirendæ jus amittitur: quorum neutrum in suis hæredibus locum habet: quippe cùm in hos dominium rerum paternarum, quod jam ante habebant, morte patris continuetur, dici non possunt aut requirere hæreditatem, aut jure acquirendi excidere. Sanè postquam prætor his abstinendi facultatem dedit, desierunt quidem jure honorario esse necessarij; sui tamen hæredes patri esse non desierunt, & ipso momento mortis paternæ hæredes apparere, ut superiùs demonstravimus, & arguunt nomina, quibus in proposito prætor & prudentes utuntur. Sui enim non dicuntur adire, cernere hæreditatem, aut pro hærede gerere, hæreditatemve repudiare; quæ iis solis conveniunt, quibus res sive hæreditas tantùm oblata est: sed hæreditatem retinere, immiscere se aut abstinere, derelinquere: quæ non dicuntur nisi de rebus patris & jam nostris, *l. 14. §. plerique 8. de relig. l. 7. de jur. del. l. 12. §. ult. de bon. libert. l. 11. l. necessarijs 57. l. si servum 71. §. si quis l. cum bonis 87. de acq. har. & passim eod. tit.* Nam cùm hæc, quod rarò fit, nostri confundunt, ut in *l. ult de succes. edict. l. 4. §. 1. de fideic. lib. l. 21. §. ult, de jur. patron. in fin. l. 1. §. 10. ad Treuth. l. 6. C. de legit. har.* minus accuratè loquuntur. Non plures autem modi, quibus extraneis acquiritur hæreditas, hic opponuntur, quàm duo, aditio & pro hærede gestio sive geritio; sic enim appellatur à Jurisconsulto in *d. leg. 14. §. plerique 8. de relig.* Utrum autem hi modi, ut nominibus, ita & re ipsa inter se distincti sint, necne: item an non plures sint, quàm hi duo, videbimus in exegesi textus.

Aut pro hærede gerendo, aut etiam nuda voluntate.] Omnis hæreditas sive testamento delata, sive ab intestato, hæredi extraneo acquiritur sola voluntate & animo, uti quisque hanc voluntatem de suscipienda hæreditate declaraverit. Declaratur autem hæc voluntas vel verbis, vel re aliqua & facto; quorum prius qui facit, adire, qui posterius, pro hærede gerere in usu juris dicitur. Unde duo genera acquirendæ hæreditatis, aditio & pro hærede gestio, *l. si quis mihi. 25. §. sed quid 7. l. quamdiu 69. de acq. har. d. l. 14. §. 8. de relig. l. 19. C. de jur. del.* quibus in locis observare licet, genera hæc sic appellationibus distingui, ut neque qui adit dicatur pro hærede gerere; neque qui pro hærede gerit, dicatur adire: quemadmodum etiam hoc loco ut diversa apertè distinguuntur, pro hærede gerere, & nuda voluntate hæreditatem suscipere: ut proinde minimè assentiendum sit VVesembecio, asserenti nihil inter hæc duo interesse. Equidem fateor nihil obstare verborum significationem, quominùs qui pro hærede gerit, dicatur adire; & qui adit, pro hærede se gerere; ut hæc etiam posteà confundere videtur Justinianus, & Jurisconsultus in *l. 12. de interr. in jur.* Sed distinctionis causa usus veterum hæc ita trivit, ut in diverso genere ponerentur, & adire diceretur, qui nuda testatione hæredem se profiteretur; pro hærede gerere, qui facto aliquo eandem voluntatem declararet. Neque hoc negat Ulp. *l. pro hærede 20. de acq. har.* cùm ait, pro hærede gerere non tam facti esse, quàm animi. Hoc enim solùm significat, ut quis pro hærede gessisse videatur, in eo non tam quid factum sit, quàm quo animo factum sit, spectandum esse, ut locus ipse ostendit. Magis Paulus id negare videri potest *l. gerit 88. de acq. har.* ubi desinit, eum pro hærede gerere, qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hæreditarium. Sed apparet Jurisconsultum verbum attingendi strictius eo loco usurpare, negareque eum attingere, qui retinet domũ pignori obligatam, ut hæreditariam: quem tamen revera attingere constat; eoq; tanquam facto aliquo, non nudis verbis, volũtatem declarari. Hoc ita constituto, videamus, an non plura sint genera acquirendæ hæreditatis, quàm duo illa, de quibus diximus, & quæ sola hic ab Imperatore proponũtur. Et plura non esse, omninò statuendum est, cavendumque ab iis, qui scribunt hæreditatem acquiri quinque modis, cretione, aditione, pro hærede geritione, immixtione, & agnitione, egregiè studiosis huius disciplinæ imponentes. Nam primũ immixtio tota hinc aliena est: quoniam sui hæredes, quorum propria est, hoc facto nihil novi acquirunt, quod anteà non habuerint, sed quæsitum jam ab initio attingentes, id se retinere velle declarant, ut suprà abundè probatum est. Agnitionem verò statuere modum acquirendæ hæreditatis diversum ab aditione, magnæ insciliæ est. Quid enim est aliud agnoscere hæreditatem, quàm declarare se velle

2

3

hęredem esse? & hoc quid aliud, quàm adire; Quòd si tot species acquirendæ hæreditatis facere liceat, quot diversis verbis in hac re veteres utuntur, jam non modò quinque, sed vel octo aut plures etiam erunt. Non enim tantùm agnoscere hæreditatem à veteribus dici legimus, sed etiam hæreditatem amplecti, suscipere, admittere, *l.6. §.2. l.quæsitum 40.in fin.l.eum bonis 87. de acq.hæred.* Sed plura scilicet hæc verba sunt, res ubique una & eadem. 4
Cretio quoque olim nihil aliud fuit, quàm solemnis quædam aditio; idque ostendit formula cretionis relata apud *Vlpian.tit.22.§ cretio* 23. his verbis; *Cùm me Lucius Titius hęredem instituerit, eam hæreditatem adeo cernoq;.* Et Festus, *Crevi*, inquit, *modò significat hæreditatem adij*, in quem locum quod Josephus Scaliger notat *crevi non propriè significare hæreditatem adij*, errorem esse convincit prædicta formula, & quod Festus dicit, *crevi hæreditatem adij*, id Ulpianus *d.tit. §.21. & §.26.* sic exprimit, *cernendo fit hæres.* Varro *lib. 5. de ling. Lat. Cernito in testamento, id est, facito videant te esse hæredem. vid. Pet. Fabr.2. semestr.* 22. Hic autem consulto mentio cretionis omissa, quia sublata solemnitate, quam olim desiderabat, *l.cretionum* 17. *C.de jur.del.* hæreditas etiam cum cretione delata acquiri posse cœpit; aut aditione simplici, id est, quavis aperta testatione voluntatis de suscipienda hæreditate, aut etiam pro hærede geritione: quod olim secus erat, *Vlp. d. loc.* Atque hoc illud est, quod paulò pòst Justinianus ait, *Et quoquo modo voluntatem suam declaret, vel re, vel verbo.* Sed quid laboramus? non tantùm loci omnes in quibus ex professo de modis acquirendæ hæreditatis agitur, uti in *l.quamdiu* 69. *de acq. hær. l.14.§.plerique de relig. l.cum in antiquioribus* 19. *C.de jur.del.* ostendunt, pluribus, quàm duobus distinctis modis hæreditatem non acquiri: sed etiam res ipsa evincit, non posse pluribus modis acquiri. Illud enim palàm est, voluntatem suscipiendæ hæreditatis hic totum facere; tantùm relinqui, ut illa declaretur. Atqui pluribus modis declarari non potest, quàm his duobus, aperta testatione, aut aliquo facto: illud autem veteres aditionem, hoc pro hærede gestionem sive geritionem appellant. De cretionibus antiquitatis amantes plura invenient apud *Brisson. lib. 7. de formul. Revard. de auct. prud.c.8, Gregor. Tholos. 46. syntagm. 2.n.6.*

Si rebus hæreditarijs tanquam hæres utatur] Diximus, hæreditatem extraneis hæredibus non acquiri, nisi voluntate & destinatione animi: eum autem animum qui aperta testatione declarat, dici adire; qui facto aliquo, dici pro hærede gerere. Adire cùm sit apertæ testationis, nemo dubitare potest, quid hac testatione hæres voluerit. At si quid hęres gesserit, ambigi potest, quo gesserit animo: quoniã facta non loquuntur, & exerceri possunt alio animo, quàm pro hærede gerendi. Potest enim quis attingere res hæreditarias, ut tamen id non faciat quasi hæres, *l pro hærede 20.in pr. & §.1. de acq.hær.* Quibus igitur ex rebus in eo, quod ab hærede geritur, animus pro hærede gerendi deprehenditur? Ex multis sanè. Finge, hæredẽ quid fecisse, quòd citra nomen & jus hæredis facere non potuit, veluti si conditionis implendæ causa quid acceperit ex judicio testatoris, *d.l.pro hærede §.Papinianus*, aut gessisse aliquid, quod non nisi hæres utiliter & cum effectu gerere potuit, putà servos hæreditarios manumisisse, *l.Iulianus* 42. *§.2.eod.tit.* eum qui hæc facit, perspicuum est quasi hæredem facere, eoque & pro hęrede gerere videri. Quid si rebus hęreditarijs usus sit, ædes inhabitaverit, agros coluerit, aut locaverit, servis cibaria præbuerit, pecora, jumenta paverit, æs alienum solverit; res quasdã hęreditarias distraxerit? Creditur, suo potius nomine, quàm alieno hęc fecisse, & in his omnibus gessisse pro hęrede; nisi contra doceat, se nihil horum quasi hęredem fecisse: sed vel ut custodiat, aut quia sua putavit, aut quia quid fecit, dum deliberarer, ut res salvæ essent; ideoque in huiusmodi factis consultum est, initio hęredem testari, se quod facturus est, non facturum ut hęres esse velit, *d. l.pro hærede §.1. l.1. C.de repud.hær. l.2. C.de jur.del.* Planè si defunctum funeraverit, ex eo solo non videbitur pro hęrede gessisse: quia id officium humanitatis jure cuivis præstari potest. Majoris tamen cautionis est, si hic quoque protestetur, *l.14.§ plerique de relig.*

Et quoquo modo voluntatem declaret, vel re, vel verbo] Aut pro oratione disiunctiva hęc accipienda sunt, in qua repeti intelligatur, quod prius dictum est, hęreditatem acquiri vel pro hęrede gerendo, quod nunc dicatur re voluntatem declarando; vel nuda voluntate, quod nunc dicatur verbo voluntatem declarando: aut farendum est, quod suprà dixi, Justinianum verbum pro hęrede gerere hic latius accipere, quàm in pr. §. eoque comprehendere utrumque acquirendi modum, tam verbis, quàm re. Utcumque sit, voluntas amplectendæ hęreditatis aut facto aliquo, aut apertè verbis declaranda est: siquidem, ut vulgo dicitur, propositum in mente retentum nihil operatur. Ideoque quod Accursius in *l.2. de interr. in iur.* ait, hęreditatis aditionem consistere 6
in occulta voluntate, non sic accipiendum est, eum, qui unde destinavit & apud se constituit hęreditatem adire, hac destinatione hęreditati obligari: sed ita, neminem obligari ut hęredem, nisi qui ea mente quid gessisse aut protulisse probetur,

betur, ut hæres fieret. Id autem in occulto positum esse, ac proinde probatu difficillimum. Neque verò etiam Porcio & Angelo assentio, qui existimant, nuda animi destinatione hæredem aliquem fieri & obligari in foro conscientiæ, quò etiam inclinare videtur D. Bachovius: nam, ut rectè Bartolus in *l. gerit. 88. de acq. hær.* nemo velle videri debet, quod non aliquo modo declaraverit: & prudentissimus simul ac doctissimus Viglius hic, *Varias*, inquit, *sunt humana mentis inclinationes, ut nunc ad adeundum, nunc ad repudiandum propendeant: & tunc demum velle aliquid videmur, cùm animum nostrum exteriore aliquo signo confirmavimus. Alioqui quid est humanis cogitationibus vel inconstantius, vel mutabilius? Nec Deum*, inquit, *velle arbitror, ut huiusmodi indigesta voluntate illaqueemur.* Illud in transitu moneo, purè hæreditatem adeundam esse, non sub conditione: nam si quis, verbi causa, dixerit: *Si solvendo hæreditas est, eam adeo*, nulla aditio est, *l. eum qui 31. §. ult. de acq. hær.* quo jure etiam hodie utimur.

7 *Dummodo sciat, testatum intestatúmve obiisse, & se ei hæredem esse*] Duo requirit Imp. ut quis adeundo aut pro hærede gerendo hæres fiat: unum est, ut sciat, defunctum aut testatum aut intestatum decessisse. Et prius igitur est, ut certus sit, eum decessisse: neque enim viventis ulla est hæreditas, *l. qui hæreditatem 19. l. neminem 27. l. hæres 32. l. qui superstitis 94. de acq. hær.* Ponamus ergo, agnatum proximum, cùm ignoraret, se hæredem scriptum, hereditatem tanquam lege sibi delatam adiisse, próve domino bona administrasse, hæres non erit: nam ut pro hærede gerendo se quis obstringat hæreditati, scire debet, qua ex causa hæreditas ad eum pertineat, auctore Paulo *l. si is 22. eod.* Alterum est, ut sciat, se hæredem esse, id est, hæreditatem aut testamento aut ab intestato sibi delatam: & proinde etiam certus esse debet de conditione testatoris, paterfam. an filiusfam. sit, & generaliter testamenti factionem habuerit, necne, *l. hæres 32. §. ult. eod.* Adhæc etsi sciat, se hæredem institutum, sed utrum purè, an sub conditione, ignoret, non poterit adire hereditatem, *d. l. hæres §. 1.*

Veteres hæredes pro dominis appellabant] Sic etiam Festus, *Hæres*, inquit, *apud antiquos pro domino ponebatur*, quod & Plauri confirmat auctoritas, apud quem Menæchmus peregrinus de palla sic loquitur;

Prandi, potavi, atque abstuli
Hanc, cuius hæres nunquam erit post hunc diem.

Atque hinc est, quod pro hærede gerere & pro domino gerere, hæreditas & dominium, à nostris promiscuè usurpetur, *l. si is 22. de acq. hær. l. 2. §. ult. de bon. poss. sec. tab.* Quæ res eos juvare videtur, qui hæredem à verbo *herus* dictum existimant; licet ratio prioris syllabæ repugnare videatur, quæ in *herus* corripitur, in *heres* producta est: quam ob causam Viglius & Hotomannus potius ab *hæreo* deduci putant, ut *hæres* dicatur, quasi *hærens*, eo quòd proximus defuncto in bonorum dominio hæreat. Sed hic obstat, quod hæres & hereditas sine diphthongo scribi in M. Tullij libris annotavit P. Victor, & in Pandectis Florentinis Cujacius. At ideo Hotomannum existimo maluisse derivare hanc vocem ab *hera*, quod terram significat: unde sit *heredium*, Varroni, Agellus, qui hæredem sequebatur. Cæterùm non sunt hæc magni momenti: nec quantitas syllabæ semper in derivatis retinetur, quod vel pueri in scholis sciunt, & docet Gellius *lib. 12. cap. 3.* quanquam ille exemplis ad id demonstrandum parum aptis utitur.

Contraria destinatione statim ab hæreditate repellitur] 9 Eadem autem omnia in repudiante requiruntur, quæ in hereditatem admittente, ut voluntatem declaret aut apertè verbis, puta ut dicat se hæredem esse nolle, scriptóve aut nutu id testetur, *l. recusari 95. de acq. hær.* aut re aliqua & facto, unde ea voluntas colligatur: cuiusmodi est, si hæres institutus idemque legitimus, de testamentaria hæreditate nihil apertè statuens legitimam aut adierit aut repudiaverit: creditur enim, qui hoc fecit, eodem momento testamentariam repudiasse, *l. ne is qui 17. §. 1. l. illud 77. eod. tit.* item si præteritus aut exhæredatus ab hærede instituto, cùm sciret eum hæredem esse, emit aliquid aut prædia conduxit, vel ei solvit quod testatori debebat: His enim factis & judicio defuncti agnoscere intelligitur, & jus suum repudiare, *l. si ponas 23. §. 1. de inoff. test.* Scire item debet, qui repudiat, vivat is, de cuius hæreditate agitur, nec ne, testatus, an intestatus decesserit, hæres, necne, ei sit; purè, an sub conditione sit hæres institutus. Postremò de sua quoque & defuncti conditione certus esse debet; alioqui uti adeundo, ita repudiando, nihil agitur, *l. 13. l. 15. & 4. ll. seqq. l. hæres 32. l. qui superstitis 94. de acq. hær.*

Qui surdus vel mutus natus vel postea factus] 10 Mutus, necnon surdus, etiam ita nati, pro hærede gerere & obligari hæreditati possunt, *l. 5. l. pater. 93. in fin. d. tit.* Disertè autem dicitur, pro hærede gerere; quia hi voluntatem verbis declarare nequeunt. Et pertinet hoc utique etiam ad surdos, qui natura tales sunt, quos loqui non posse constat. Enimverò si quis casu aliquo surdus factus sit, quin, ut loquendo, ita & verbis voluntatem declarando, hæres fieri possit, non est ambigendum. Sed & qui mutus non natus, sed factus est, licet verbis voluntatem declarare non possit, poterit tamen vel scripto, vel alio indicio eam significare,

significare, *arg. l. recusari 95. eod.* Quòd si hæreditas delata sit ei, cujus nulla voluntas est, qualis est furiosus, curatori tradetur hæreditas administranda ea lege, ut si furiosus posteà ad se redierit, ipse de ea suscipienda aut omittenda statuat: & omissa ad eos revertetur, ad quos remoto furioso perventura fuisset, uti etiam si in furore decesserit, *l. ult. §. 3. & seqq. C. de cur. fur.* Quid si impubes sit, cui delata hæreditas? Quod huius iudicio deest, supplebit tutoris auctoritas, *l. pupillum 49. de acq. her. l. 9. §. 3. de auct. tut. l. 5. C. de jur. del.* In infante novum jus à Theodosio constitutum est, ut ipse tutor nomine infantis hæreditatem adire possit, *l. si infanti 18. C. d. tit.* Quòd si impubes in potestate sit, hic auctore patre rectè adibit, *l. 8. §. ult. de acq. her.* neq; obstat, quod impubes, qui in potestate parentis est, ne auctore quidem patre obligatur, *§ pupillus 9. in fin. inf. de inut. stip. l. ult. §. 2. de verb. oblig.* quia in proposito non obligatur ipse impubes, sed pater, cui hæreditatem acquirit. Cæterùm in adventitia hæreditate dicendum est, ab illa regula recessum esse juniorum Principum constitutionibus, *d. l. si infanti §. ult. C. de iur. del. l. ult. §. ubi autem 6. C. de bon. qua lib. Don. ad d. l. ult. §. 2. n. 7. de verb. oblig.*

TITULUS XX.

De Legatis.

Ratio ordinis cum summa eorum, quæ hic explicantur.

COGNITA ratione deferendæ hæreditatis ex testamento, rectà procedendum videbatur ad partem alteram, quæ docet, quomodo deferatur hæreditas ab intestato, ac sine flexu iter institutum continuandum, donec omnes per universitatem acquisitiones perculsæ forent. Eò enim nos ipse rerum ordo & dispositio partium deinceps tractandum facta *§ ultim. sup. per quas pers. cuiq. acq.* quasi manu ducit. Sed Imp. hic aliquantum à cœpto deflectit propter legata & fideicommissa, nec absq; ratione: nam cùm legata & fideicommissa non minùs testamento relinquâtur, quàm hæreditas, & vix ullum testamentum condatur, in quo non aliquis legato aut fideicommisso honoretur: hæc causæ communio, simul quod legata sunt partes, hoc est, accessiones & appendices testamenti, exigit, ut hoc loco maximè de his disputetur; atque ob hanc etiam causam id in hunc locum collatum est, *d. §. ult.* cùm alioqui legata & fideicommissa sint modi, in quibus non universitas, sed res singulæ acquiruntur. Hoc titulo disputatur de legatis; atque ordine hæc docentur quid sit legatum; quotuplex olim fuerit, & quæ nunc natura atque effectus omnium; quibus rebus olim legata distabant à fideicõmissis, & quæ posteà secuta exæquatio; quæ res dari legari possint, vel non possint, quibus rectè legetur, aut contrà: postremò quædam, quæ ad veterem formam legandi pertinebant, mutantur.

TEXTUS.

Post hæc videamus de legatis: quæ pars juris extra propositam quidem materiam videtur: nam loquimur de ijs juris figuris, quibus per universitatem res nobis acquiruntur: sed cùm omninò de testamentis, & de hæredibus, qui in testamento instituuntur, loquuti sumus, non sine causa sequenti loco potest hæc juris materia tractari.

NOTÆ.

LOQUIMUR DE IIS IURIS FIGURIS] Id est, modis, rationibus: docemus quibus modis res universæ acquiruntur: legatis autem acquiruntur res singulæ. Legatarius non fit juris universi successor, quamvis ei legata sit pars bonorum aut hæreditatis, *l. 26. §. 2. de leg. 1.*

COMMENTARIUS.

DE *ijs figuris, quibus per universitatem*] *Figuris*, id est, *causis, modis, rationibus.* Docemus quibus modis res universæ acquiruntur: legatis autem acquiruntur res singulæ; quorum ideirco tractatio hinc aliena videatur. Repetenda verò est memoria eius, quod notavimus in expositione *§. ult. sup. per quas pers. cuiq. acq.* in hac distinctione acquisitionum non solius objecti rationem haberi, verùm etiam ipsorum modorum & causarum acquirendi: legatum esse modum & titulum acquirendi singularem, hoc est, comparatum ad acquirendum res singulas, non universas: & ideo licet universitas, pars bonorum, aut hæreditatis alicui legata sit, quod fieri posse constat; *l. si quis 23. l. non amplius 26. §. 2. de legat. 1. l. cùm pater 39. de vulg. & pup. Vlp. tit. de legat. §. sicut 23.* tamen hunc legatarium non fieri juris successorem, *d. l. non amplius §. 2* proinde nec ullas actiones hæreditarias aut activè aut passivè in eum transire: ob quam causam olim factum, ut stipulationes partis & pro parte inter hujusmodi legatarium & hæredem interponerentur, *§. sed quia 5. inf. de fid. de her.* Quòd autem parte hæreditatis

hæreditatis legata non deducuntur impensæ, puta pretia servorum manumissorum, aut sumptus funeris, *l. 8. §. ult. de legat. 2.* hoc non tribuit legatario successionem juris; sed tantùm dicitur ad differentiam ejus, quod observatur, cùm pars bonorum, quę tempore mortis fuit, legatur, quo casu impensas deduci placet, *l. 9. d. tit.* Si cum in specie *l. cum filius 76. §. 1. d. tit. de legat. 2.* Lucio Sempronio legata proponitur hæreditas Publij Mævij, eam Sempronius non suscipit, ut hæreditatem: sed ut bona, quæ à Mævio ad testatorem pervenerunt.

TEXTUS.

1. *Legatum itaque est donatio quædam à defuncto relicta, ab hærede præstanda.*

NOTÆ.

1. DONATIO QUÆDAM] *Quædam συγκατηγόρημα* generi additum, quia legatum propriè donatio non est, in omni enim donatione res inter duos agitur, nec ulla est donatio sine acceptione, *v. sup. de don.* Florent. *delibatio hæreditatis*, *l. 116. de leg. 1. μείωσις κληρονομίας.* Basil. 44. *tit. 1. c. 1.*

A DEFUNCTA RELICTA] Modest. *l. 36. de leg. 2. testamento relicta.* Sed Tribonianus videtur verbo generaliore usus, ut serviret constitutioni Justiniani de exæquatione legatorum & fideic. *l. 2. C. comm. de legat.*

AB HÆREDE PRÆSTANDA.] Desunt hæc apud Modestin. nec Theoph. Cujac. Hot. agnoscunt, neque ad definitionem sunt necessaria. Sæpè tamen nostri definitionibus aliquid adjiciunt plenioris explicationis gratia.

COMMENTARIUS.

1. *Legatum unde dictum.*
2. *Cur particula* quædam *donationi in definitione adjecta.*
3. *Consulto pro* testamento relicta, *ut est in definitione Modestini, hic positum à* defuncto relicta.
4. *Verba* ab hærede præstanda, *non videri otiosa, ut quidam censent.*

1 LEgatum, inquit Ulpianus *in fragm. hoc tit.* est quod *legis modo*, id est, *imperativè* testamento relinquitur: quæ notatio quædam est & ratio nominis: cæterùm quia hoc longiusculè petitum videtur, alij potiùs legare dictum putant à *legendo*, quatenus hoc verbum deligere & decerpere significat: quod & Florentinum existimasse credibile est, ac proinde legatũ definivisse *delibationem hæreditatis*, *l. legatum 116. in pr. de leg. 1.* Nam delibare decerpere est. Cic. *in orat. pro Sext. Omnes undique flosculos carpere atque delibare.* Quæ autem decerpuntur, leguntur. Virg. *Eclog. 3.*

Qui legitis flores & humi nascenti fraga.

Nec dissimili admodum ratione Varro *lib. 4. de ling. Lat.* legatos à *legendo* appellatos tradit; quia scilicet *publicè lecti sint, ut mittantur.* Cæterùm etymologia Ulpiani conventior videtur latitudini significationis verbi *legare*, in qua usurpatur in illo legis duodecim tabularum, *Uti quisque legassit*, &c. ubi hoc verbo *legassit*, continentur etiam hæredum institutiones, denique quicquid verbis directis paterfam. in testamento caverit, confirmatur, *l. verbis legis 120. de verb. sign.*

Donatio quædam] Particulam *quædam* Modestinus 2
in sua legati definitione non addidit; *l. legatum 36. de leg. 2.* Non est tamen omninò supervacua, ut quidam putant. Quippe legatum propriè donatio non est: in omni enim donatione res inter duos agitur, nec ulla est donatio sine acceptione, ne mortis quidem causa, ut suprà demonstravimus sub §. 1. *& 2. de donat.* Legatum autem sola testatoris voluntate constat; atque ita tamen, ut suspendatur, & post mortem testatoris adhuc pendeat ab aditione hæreditatis: quod iterum secus in donationibus etiam ijs, quæ mortis causa fiunt, *l. 5. §. qui mortis 17. de his quæ ut indign.* Quapropter nec inter genera donationum, ubi de his ex professo agitur, legatum numeratur. Est verò nihilominùs peculiaris quædam & quasi proprii generis donatio: proficiscitur enim totum à liberalitate testatoris, estque titulus merè lucrativus: quam ob causam etiam separatur ab hæreditate, quæ onera quoque continet, & interdum damnosa est, *l. si hæreditatem 32. mandat. l. si hæreditatis 119. de verb. sign.* Additum igitur generi est *συγκατηγόρημα quædam*, ut sciamus, genus hoc non simpliciter, sed quadantenus & ratione analogica speciei definitæ convenire. Neque quicquam hactenus contra legem aut modum definiendi, *vid. Goclen. de trop. defin. can. 9. except. 1.*

A defuncto relicta] Directo scilicet & proximè à defuncto, non per interpositam mediam personam; ut excludatur fideicommissum: quod quidem etiam relinquitur à defuncto, sed *ἐμμέσως* atque ita, ut relictum prius alteri quæratur, atque in huius persona consistat. Videtur autem Tribonianus pro eo, quod est in definitione Modestini, *testamenta relicta*, consulto usus verbo generaliore, *à defuncto relicta*, ut serviret constitutioni Justiniani de exæquatione legatorum & fideicommissorum, quæ est *l. 2. C. comm. de leg. & fid.* Post hanc enim exæquationem non minus lega-

ta, quàm fideicommissa, non testamento tantum, sed etiam ab intestato relinqui posse cœperunt, aut codicillis testamento non confirmatis: quod secus fuit jure veteri, quo legata tantùm ex testamento valebant, §. *prætereà inf. de fid. hær.* Id quod Modestinus indicare voluit, & Florentinus significat, cùm legatum sic describit, ut sit *delibatio hæreditatis*, (μειωσις κληρονομίας, *Basil.* 44. *tit* 1. *c.* 1.) *qua testator ex eo, quod universum hæredis foret, alicui quid collatum velit*, *l. legatum* 16. *in pr. de legat.* 1. Eadem differentia indicatur ab Ulpiano *in fragm. tit. de fideicom.* §. 3. & 6.

Ab hærede præstanda] Hæc verba non agnoscunt Theoph. Cujac. Hotom. VVesemb. Baro à sciolo aliquo adjecta, ac proinde inducenda putat. Et fatendum sanè est, non esse hæc verba ad definitionem legati necessaria; quippe in qua quæritur, quid sit legatum; non à quo relinquatur aut præstandum sit, quod pertinet ad executionem. Cæterùm causam nullam admodum video, cur cum extent in vulgatis codicibus, deleri atque ex iis expungi debeant. Sæpè enim nostri latioris explicationis gratia quædam definitionibus adjiciunt, quę ad essentiam rei definitæ non pertinent: ut videre est in definitione tutelæ, *l.* 1 *de tutel.* item furti, *l.* 1. §. 1. *de furt.* quod & hic factum videtur. Sed dixeris, vel ideò delenda esse, quia post exæquationem legatorum & fideicommissorum non tantùm ab hærede, sed etiam à legatario legari potest. Ego verò neg quod ita relictum est, propriè legatum esse, licet concedam jure legati censeri: de quo nihil iterum infrà *de fideic. hær. in pr.* Illa autem levicula sunt, ob quæ nonnulli clausulam hanc inducendam putant, primùm quia legatum ab ipso testatore nonnunquam præstetur, *l. Lucius* 22. *de legat.* 2. deinde quod quæ legantur, rectà dicuntur transire ad legatarium, *l. à Titio* 64. *de furt.* Nam ad primum quod attinet, constat, legatum omne sic relinqui, ut præstator post mortem testatoris, & proinde ab hærede. Quòd si testator antevertat & ipse præstet, dum vivit, mutatur voluntate testatoris, quod legatum erat, in donationem inter vivos, *per l. huiusmodi* 84. §. *si Titio* 11 *de legat.* 1. Quòd verò legatum rectà à defuncto transire dicitur in legatarium, id tantummodò pertinet ad rei legatæ dominium: nam possessio nihilominus ab hærede petenda & præstanda est. Neque enim potest quisquam sibi jus in rem dicere, aut legatarius privata auctoritate occupare legatum: alioqui hæredi potestas est id revocandi interdicto quod legatorum, *l.* 1. §. 2 *quod legat.* de quo *vid. Clar.* §. *testamentum quæst.* 68. *Peck* 1. *de testam. coniug.* 48. *Christin. vol.* 4. *dec.* 36. Sed & translatio illa dominij ficta potiu est, quàm vera, & ideo introducta maximè, ut legatarius post diem legati cedentem decedens ad hęredem legatum transmittat, *l.* 3. *l.* 5. *quand. dies leg.* Porrò notanda obiter triplex legati significatio. Nam & actum ipsum legandi denotat, ut hic & in definitionibus Modestini & Florentini; & nonnunquam titulum seu causam, ut *tit. pro legat.* Frequentissimè autem designat rem ipsam legatam.

TEXTUS.

1. *Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor: per vendicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem: & certa quædam verba cuique generi legatorum adsignata erant, per quæ singula genera legatorum significabantur. Sed ex constitutionibus divorum Principum solemnitas hujusmodi verborum sublata est. Nostra autem constitutio, quam cùm magna fecimus lucubratione defunctorum voluntates validiores esse cupientes, & non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit, ut omnibus una sit natura: & quibuscumque verbis aliquid relictum sit, liceat legatarijs id persequi, non solùm per actiones personales, sed etiam per in rem, & per hypothecariam. Cujus constitutionis perpensum modùm ex ipsius tenore perfectissimè accipere possibile est.*

NOTÆ.

2. CERTA QUÆDAM VERBA] Vid. Ulp. *tit.* 24. Cajum *lib.* 2. *tit.* Notæ juris, D. D. E. *dare damnas esto.* Per præceptionem solummodo legatur uni ex hæredibus. Cajus *d. lib. & tit.* § *ult.* Th. hic Formula: *Luc. Titius mihi ex parte hæres rem illam præcipito.* Hęc capiendi figura præceptio dicitur, prælegatum, & præcipuum Græc. ἐξαιρέτου δόσις.

DD. PRINCIPUM] Constantini, Constantij, & Constantis, *l.* 21. *C. h. t.* qui ijdem & institutionibus hæredum, & in amplectenda bonorum possessione verborum solemnitatem sustulerunt, *l.* 15. *C. de testam. l. ult. C. qui adm. ad bon. poss.*

NOSTRA CONSTITUTIO] *l.* 1. *C. comm. de leg.* ubi etiam veterem generum differentiam tollit, omniumque legatorum unam vult esse naturam.

PER IN REM] Ponendi tamen termini habiles; neque enim legato nomine, aut re aliena locus esse potest vindicationi, per *l.* 54. *de reg. iur.*

COMMEN-

COMMENTARIUS.

1. *Pro formularum diversitate olim quatuor genera legatorum fuisse, non solùm nominibus distincta, sed etiam natura & jure.*
2. *Primùm Iustinianum efficisse, ut omnium eadem vis esset, salva tamen manifesta voluntate defuncti.*
3. *Explicatur vetus differentia circa potestatem agendi inter legatum vendicationis & damnationis, sublata constitutione Iustiniani.*
4. *Hypothecariam beneficio Iustiniani accepto ferendam: qua de re, adversus quos ea competat; aliaque nonnulla eodem pertinentia.*

1 PEr *vendicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem*] His nominibus sic genera hæc distincta atque appellata fuerunt à verborum formulis cujusque generis propriis, aut earum una aliqua. Per vendicationem his verbis legabatur. *Do, lego, capito, sumito, tibi habeto, vendicato.* Per damnationem ita, *Hæres meus damnas esto dare, dato, facito, hæredem meum dare jubeo.* Sinendi modo sic, *Hæres meus damnas esto sinere L. Titium sumere illâ rem sibique habere.* Per præceptionem uni ex hęredibus legabatur hac formula, *L. Titius mihi ex parte hæres illam rem præcipito, aut præcipuam habeto.* In formula legandi per vendicationem & præceptionem verba testatoris ad legatarium diriguntur: in legato damnationis ad hæredem; in sinendi modo formula mixta videtur. Non tantùm autem hęc genera verborum formulis, sed natura quoq; & jure distincta fuerunt. Per vendicationem & præceptionem legari solùm poterat res testatoris propria; sinendi modo etiam hæredis; per damnationem etiam aliena. In duobus prioribus, genere legato, aut duabus rebus disiunctim, electio erat legatarij: idque puto etiam obtinuisse in relicto sinendi modo; quia in hoc quoque genere verba executiva, ut loquuntur, diriguntur ad legatarium. In damnationis autem legato hoc casu electio erat hęredis. Quod per vēdicationem relictum erat, petebatur actione in rem: (quanquā eo nomine & in personam ex testamento agi poterat:) quod per damnationem, in actione in personam ex testamento persequendum erat. Nomine quoq; ejus, quod sinendi modo relictum erat, non aliam actionem, quàm ex testamento competiisse, post Theoph. Bachovius scribit: Gajus, etiam vendicari potuisse, *lib. 2 h. t. §. pen.* quod ego locum habuisse puto, cùm res testatoris propria hoc genere legati relicta esset. Quod per præceptionem cohęredi datum erat, eo nomine familiæ ercisçundę agebatur in cohæredes. Hæc ferè, & quædam alia huiusmodi reperiuntur apud *Vlp. tit. 24. Gaium lib. 2 tit. 5. Paul. 3. sent. 6. & Theophil. hic.* Si cui vacat, etiam per me licet adeat *Ant. Fab. 1. conject. 6.* cautè tamen.

Constitutionibus DD. Principum verborum solemnitas sublata] Significatur *l. in legatis 21. C. h. t.* quæ una quidem constitutio est, sed trium Imp. Constantini, Constantij & Constantis; quos si singulos spectes, totidem dici possunt Imperatorum constitutiones. Hi ijdem Impp. etiam verborum solemnitatem & observantiam sustulerunt in institutionibus hæredum, & in amplectenda bonorū possessione, *l. quoniam 15. C. de testam. l. ult. C. qui admitt. ad bon. poss.*

Nostra autem constitutio] Est *l. 1. C. comm. de legat.* Sublata in legatis verborum solemnitate, etsi licebat alijs verbis, idem quod typica significantibus, in unoquoq; genere uti; nec Latino tantum, sed etiā Græco, aut Gallico, aut cuiuscumq; alterius gentis sermone legatū relinquere, quod antea non licuisse pacta formularum verba arguunt, & testatur *Vlp. tit. 25. §. 7.* manebat tamen adhoc vetus naturæ & effectorum in singulis generibus diversitas: verbi causa, nihilo magis res aliena per verba vēdicationis legari poterat, quàm ante; aut legatum per damnationem relictum in rem actione peti. Hanc gene- 2
rum differentiam primus sustulit Justinianus, omniumque legatorum unam voluit esse naturam, hoc est, unam omnium vim atque effectum, *d. l. 1. C. comm. de leg.* Quòd si qua adhuc veteris discriminis vestigia in libris nostris tibi occurent, scito, Tribonianum hæc per incuriam reliquisse, qui dum responsa Jurisconsultorum ad constitutionem Justiniani accommodare studuit, verba quidem hæc, *per vendicationem*, aut *per damnationem*, ubique sustulit; rem autem ipsam & effectum reliquit.

Non verbis, sed voluntatibus] Ætimologia huius exæquationis; quæ talis tamen est, ut quivis facilè intelligat, Imperatorem noluisse quicquam statuere, aut exæquationem istam valere contra manifestam voluntatem testatoris. Quamobrem si testator, verbi causa, generaliter quid legaverit, aut hoc vel illud disiunctim, verbis executivis ad hæredem directis, non dubitarem respondere, in hujusmodi legato electionem tribuendam esse hæredi, cùm *DD. comm. & Zas. in l. legat. 1.*

Non solum per actiones personales] *In d. l. 1. C. comm de legat.* Utitur numero singulari. Intelligit autē actionem, quæ veteribus dicitur actio ex testamento, *l. servo §. ult. l. non quocunque 82. in pr. l. quæsitum 91 §. ult. de legat. 1. l. qui concubinam 29 §. 3. de legat. 3. l. 6. de in lit. jur. §. si res aliena 6. inf. eod.* Hæc actio in personam est ex obligatione. Nam cui legatū datum est, is de eo præstando obligatum habet hæredem, à quo relictum est. Obligatio, quasi ex contractu: quippe cùm hæres adit aut agnoscit hæreditatem, intelligitur eam agnoscere cum suâ condition-

atque onere; scilicet ut præstet, quod testator injunxit: atque hoc facto quodammodo cum legatarijs contrahere videtur, *§. hæres inf. de obl. quæ quasi ex contr.* ex quo apparet, tertium possessorem hac actione conveniri non posse, hæredem posse, etsi non possideat, per *l. actionem 25. de obl. & act.*

3 *Sed etiam per in rem*] Etiam olim legati obtinendi causa actio in rem prodita legatarijs fuit: sed non de omni legato, ut ecce, de eo, quod per vendicationem legatum erat, præter actionem in personam competebat etiam in rem seu rei vendicatio: de re per formulam damnandi legata una erat actio in personam, in rem non erat: quæ juris diversitas ex alio diverso inter hæc jure nascebatur; ex eo nimirum, quòd rei per vendicationem legatæ dominiũ recta à testatore in legatarium transibat, *l. legatum 80. de leg. 2. l. à Titio 64. de furt.* Quod autem per dãnationem relinquebatur, eius rei dominium transibat ad hæredem; & in hoc tale legatum simile erat fideicommisso, quod ipsa formula evidenter ostendit, & quod etiam res aliena per hanc formulam rectè legabatur. Jam verò certum est, actionem in rem omni domino competere, & soli, *l. in rem 23. in pr. de rei vend.* eique consequens, ut in qua specie ad obligationem hæredis accedit dominium legatarij, ibi legatario non tantùm personalis, sed etiam in rem actio detur; ubi autem sola hæredis obligatio locum actioni facit, ibi non alia, quàm in personam actio competere potest. Ex constitutione verò Justiniani etiam pro legato damnationis cõsequendo actio in rem legatario datur: quippe jure legatorum omnium exæquato tam ex legato damnationis, quàm vendicationis dominium rei legatæ rectà ad legatarium transit. Illud fortè aliquem turbabit, quod eidem ejusdem rei nomine duæ contrariæ actiones conceduntur, quarum altera intendat sibi dari oportere, altera se dominum esse contendat, contra *§ sic itaq; 14. inf. de act.* Respondent nonnulli, speciale hoc esse in legatario, propterea quod tantùm jure civili dominus factus sit, non etiam jure gentium: quòd non placet; nihil enim refert, quo jure dominium agenti quæsitum sit, *d. l. in rem de rei vend.* & in promptu alia responsio est, descendere nimirum hasce actiones ex diversis causis; in personam ex obligatione hæredis; in rem ex jure dominij, quod statim à morte testatoris in legatarium transfertur: quamobrem agentem legatarium actione personali ex testamento, petentemq; ut res sibi detur, non considerari ut dominum, sed tantùm ut creditorem, qui hæredem quasi ex contractu sibi obligatum habet. Rursus agentem in rem non considerari ut creditorem, sed ut dominum rem suam à hærede, non ut obligato, sed ut possessore, vendicantem, nam & cõtra alios possessores sic in rem ageret. Concursus autem duarum harum actionum non cumulativus est, sed electivus, hoc est, non ita simul competunt, ut liceat experiri utraque, sed ut una, utra legatarius velit: una autem electa altera consumitur, *l. cum filius 76. §. variis 8. de legat. 2. l. huiusmodi 84. § ult. l. si servus 108. §. 2. de legat. 1.* Porrò ut legati nomine etiam in rem actioni locus sit, ponendi sunt termini habiles: primùm ut legata sit certa species aut corpus; neq; enim quantitate, aut nomine legato, vendicatio locũ habere potest: deinde ut res, quæ legata est, propria testatoris fuerit: nã quod testatoris non est, id ab eo non potest rectà transire ad legatarium, *l. nemo plus juris de reg. jur.*

Et per hypothecariam] Priores duæ actiones etiam 4
veteribus, secundùm ea, quæ diximus, in usu fuerunt. Hypothecaria, de qua hoc loco, tota beneficio Justiniani accepto ferenda est. Nam quod legimus apud Papinianum, legatarios causam pignoris habere, *l. 4. §. 1. de separ.* id, ut locus ipse indicat, *junct. l. 1. § sciendum 3. eod. tit.* accipiendum est de specie pignoris prætorij, quod jure separationis creditores hæreditarij in bonis defuncti habent, & post hos in eo, quod supereſt, legatarij, qui separationem impetraverunt. Agi potest hac actione hypothecaria in quascunque res à defuncto relictas, adversus quosvis earum rerum possessores. Ajo, à defuncto relictas; siquidem non res hæredis propriæ, sed hæreditariæ, ex hac causa pignori sunt legatarijs ex d. constitutione Justiniani. Neque tamen in his rebus numeranda videtur res testatoris, quæ legata sit: quippe quæ statim sit legatarij: rei autem nostræ pignus non consistit, *l. neque pignus 45. de reg. jur.* Actionem hypothecariam cum personali cumulari posse, receptum est, *Mynsing. 1. cb/erv. 58. Charond. 4. respons. 52.* cum vendicatione autem adversus eundem cumulari non posse, tradit *Bald. in auth. contra n. 11 C. ad sen. Treb.* sed *Cyn. in d. l. 10. nu. 10. C. comm. de legat.* etiam harum cumulationem admittit: quem sequitur *Bachov. in Treult. vol. 2. disp. 13. thes. 7.* Ut ut sit, certi juris est, actiones, quæ se invicem non consumunt, successivè intentari posse, nimirum ut etiam post sententiã in una latam altera in judicium deducatur: ratio autem non patitur, ut per hypothecariam aut actio in personam consumatur, aut rei vendicatio: ut proinde simpliciter verum esse non possit, quod nonnulli simpliciter tradunt, tres hasce actiones electivè concurrere, non cumulativè: sed nec pignus liberari debitore ad solvendum condemnato responsum est, *l quamvis 8. C. de pign.* Illud penè supervacuum monere, actionibus hisce locum non esse, nisi adita ex testamento hæreditate: nam si hæreditas adita non fuerit,

fuerit, nihil eorum, quæ testamento scripta sunt, valet, *l. si nemo 9. de test. tut. l. eam 14. C. de fideicom.* nisi fortè testator voluerit scripturam testamenti etiam pro codicillis valere, sive quod testamento relinquitur, etiam ab heredibus legitimis præstari, *l. ex ea scriptura 29. §. 1. qui test. fac. l. ex testamento 29. C. de fideic. l. ult. §. 1. C. de codicill.* de quo plura *Iaſ. in d. l. 14.* & post eum *Sichard. n. 6. 7. & 9. Don. num. 9. & seqq.* Illud in transitu monere non inutile visum, actionem hypothecariam, quam Justinianus pro legatis aut fideicommissis concessit, ex constitutione ipsius inter plures hæredes ipso jure divisam esse, *d. l. 1. in fin. C. comm. de legat.* quod speciale est, & contra ordinariam naturam actionis hypothecariæ, quæ aliàs semper individua est, *l. rem hæreditariam 65. de evict.* introductum. Ac proinde hoc non obtinebit in hypotheca aut pignore expresso, quod testator legati aut fideicommissi nomine constituit: *l. non est mirum 26. de pign. act.* cùm in dubio credendum sit testatorem se conformare voluisse ad jus commune, *l. ult. C. de verb. sign.* Atque hinc intelligimus, etiam post hanc constitutionem Justiniani adhuc utiliter pignus testamento constitui, *add. Christin. vol. 4. decis. 47. num. 3. & 4.* Donellus tamen nihil in hoc putat esse singulare, *in d. l. 1. num. 12.*

TEXTUS.

3. *Sed non usq; ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Cùm enim antiquitatem invenimus legata quidem strictè concludentem; fideicommissis autem, quæ ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem: necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exæquare, ut nulla sit inter ea differentia: sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum: & si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura. Sed ne in primis legum cunabulis permistim de his exponendo studiosis adolescentibus quandam introducamus difficultatem, operæ pretium esse duximus interim separatim prius de legatis, & posteà de fideicommissis tractare; ut natura utriusque juris cognita, facilè possint permistionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.*

NOTÆ.

3. EX VOLUNTATE MAGIS, &c.] Quàm ex lege aut certo jure: non ex rigore juris civilis, sed ex voluntate relinquentis. Ulp. *tit. 25.*

PINGUIOREM NATURAM INDULGENTEM] Vid. Ulp. *d. tit. 25.* Cai. *lib. 2. tit. 7.* Th. hic.

NECESSARIUM ESSE DUXIMUS] *l. 2. comm. de legat.*

LEGATA FIDEICOMMISSIS EXÆQUARE] Hoc est, alterius vim ac naturam alteri communicare, *d. l. 2.* A Triboniano interpolata videtur, *l. 1. D. de leg. 1.*

NULLA SIT INTER EA DIFFERENTIA] Scil. in ipsa re. Ait enim se non verbis, sed rebus leges imponere, *d. l. 2.* Itaque essentialis differentia legati & fideicommissi sublata non est: sed quod verbis directis & imperativis legis modo est relictum, adhuc legatum; & quod precariis, fideicommissum est. Sed neque ea differentia sublata, quam facit manifesta voluntas testatoris, cuius rei exemplum habemus, *§. pen. inf. de sing. reb. per fid. rel.*

COMMENTARIUS.

1. *Auctorem exæquationis legatorum & fideicommissorum itidem esse Justinianum.*
2. *Cur stricta legatorum natura, & quibus cancellis circumscripta fuerit.*
3. *Cur pinguior ac laxior fideicommissorum, & quibus in rebus.*
4. *Exæquatione hac non esse sublatam utriusque relicti, differentiam essentialem.*
5. *Quando amplius fuerit in legato, quàm in fideicommisso.*

SUperiore §. didicimus legata omnia inter se exæquata esse, hic docetur ea etiam omnia & in omnibus exæquata esse fideicommissis, hoc est, cõmunicatam ac confusam invicem etiam legatorum omnium & fideicommissorum naturam. Auctor huius exæquationis itidem Justinianus est, *l. 2. C. comm. de leg.* quod etiam hoc loco expresè profitetur. 2 Et verum esse vel ex eo liquet, quod veteres inter legata & fideicommissa differentiæ, quas Ulpianus *in fragm.* & Gajus *lib. 2.* commemorant, certè maxima earũ pars, usq; ad tempora Justiniani permanserunt. Quamobrem dubitandum non est, quin illud, quod apud Ulpianum *l. 7. de leg. 1.* legimus, *per omnia exæquata esse legata fideicommissis*, Triboniano acceptum ferri debeat, qui verba Ulpiani interpolando ea traxerit ad constitutionem Justiniani, jam biennio ferè ante editionem Pandectarum evulgatam. Etenim concessu Principis hanc potesta-

tem compilatores Pandectarum, habuerunt, ut pro arbitratu suo & adjicere quædam & detrahere scriptis veterum possent, *l.1.C. de vet. jur. enucl.* idq, in plurimis locis ab iis factum esse animadvertere licet, *vid. Govean. 1. var. lect. 29. Duar. 2. disp. 9. Don. 8. comm. 2. Baron. Hotom. VVesemb. hic. Covar. in c. Raynaldus §. 1. n. 3. de testam.* Aliter & diversimodè hoc expediunt, *Cuiac. 8 obs. 4. Ravard. 3. var. 4. Robert. 2. sent. 23.* quorum explicationes etsi non probo, confutare tamen nolo, quia res non meretur ullam operam. Illud autem monendi sumus, hanc legatorum & fideicommissorum exequationem pertinere tantùm ad fideicommissa specialia, quibus scilicet res singulę relinquuntur; ad universalia sive ad hereditates fideicommissarias non pertinere: is enim, cui ex fideicommisso restituitur hereditas, hæredis loco habetur. De quo uberius *inf. de fideic. hær.*

Strictè concludentem] Id est, strictam legatis naturam attribuentem, eaque cogentem intra verborum ac formularum angustias, & voluntates testantium juris subtilitati subjicientem. Quippe in legatis, utpotè quæ ex legibus & jure civili ortum ducebant, certis quibusdam & solennibus ac præscriptis verbis utendum erat, sicut & in hæredis institutione, nec alijs verbis, relicta valebant: quæ verba idcirco legitima & civilia dicebantur, *l. 7. de vulg. & pup. l. ult. Cod. de testam.* qualia sunt: *do, lego, capito, sumito, habeto, hæres meus damnas esto dare, hæredem meum dare jubeo.* Atque ad hęc verba, quoniam ferè imperativa sunt, & legislationis propria, respexit *Ulp. in fragm. hoc tit.* legatum definiens, quod legis modo relinquitur. Cæterùm prisca illa & præcisa verborum observantia iam ante Justinianum sublata fuit, ut intelleximus in *§. præc.* Voluntas quoque testantis cancellis quibusdam in legando circumscripta erat, Siquidem legatum relinqui non poterat nisi in testamento aut codicillis testamento confirmatis: *§ præterea 10. inf. de fideic hær. Gaius lib. 2. tit. 7.* Prætereà legatum relinqui non poterat ante hæredis institutionem, nec post mortem hęredis, nec à legatario aut fideicommissario, sed à solo hærede, *§. ante 34. & seq. inf. eod. & tit. de sing. reb. per fideic. rel. in pr. Ulp. hoc tit. §. post mortem, & §. à legatario. Gaius dict. tit. 7.* Denique verba legatorum strictè accipiebantur, neque in his si perspicua erant & minimè ambigua, facilè admittebantur conjuncturæ, aut quæstio voluntatis, *l. ille 25. §. 1. de legat. 3.*

Ex voluntate magis descendunt] Quàm ex lege aut certo jure. Quod significat Ulpianus *in fragm. tit. de fideic.* cùm ait *fideicommissum non ex rigore juris civilis proficisci, sed ex voluntate dari relinquentis.* Proinde in fideicommissis parum referebat, quibus verbis relicta essent, modò certa esset testatoris voluntas, *l. cum virum 16. C. de fideic.* adeò ut fideicommissum non minùs Græco, quàm Latino sermone rectè reliqueretur, *l. 11. in pr. de legat. 3. Ulp. d. tit. §. item Græco.* Hoc ampliùs etiam nutu fideicommissa posse relinqui placebat, *l. nutu 21. d. tit.* Denique in interpretatione verborum fideicommissi, etsi ea minimè obscura essent, magis tamen voluntas, quàm verba, spectabatur, & conjecturis nihilominus erat locus, *d. leg. 16. C. de fideicom. leg. quisquis 95. de legat. 3.*

Pinguiorem naturam indulgentem] Non ea adstringentem verborum formulis, nec voluntatem relinquentis coërcentem intra rigorem juris civilis, laxioremque longè & benigniorem interpretationem in fideicommissis, quàm in legatis admittentem. Unde nihil eorum, quæ legatum vitiasse diximus, oberat fideicommisso. Poterat & ab intestato relinqui, & codicillis testamento non confirmatis. Poterat relinqui & ante hæredis institutionem & post mortem hæredis. Poterat & à legatario & à fideicommissario, ut suprà allegata simul docent. Erant & aliæ quædam inter legata & fideicommissa differentiæ, quarum *Ulp. tit. 25. & Gai. lib. 2. tit. 7.* meminerunt. Nobis hîc omnes referre curæ non fuit.

Vt nulla sit inter ea differentia] Hoc est, ut una sit eorum natura, ut jam non amplius, sicut olim, diversa eorum vis sit, ac potestas. Hoc enim exæquare est: alterius vim ac naturam alteri communicare; quemadmodum hoc Imperator ipse mox explicat & in *d. l. 2. C. comm. de leg.* Itaque nunc legata æquè & ab intestato, & nutu, & à legatario, &c. relinqui poterunt, ac fideicommissa, & voluntas legantis servabitur. Quod ideo monendum putavi, ne quis putet hac exæquatione essentialem harum rerum differentiam sublatam esse, & quod verbis directis ac imperativis relictum est, etiam fideicommissum factum; & contra quod precariis, legatum: quod esset absurdum. Nam voluntas testatoris legatum aut fideicommissum facit & discernit. Ac proinde etiam adhuc fieri potest ut aliquo casu dissimilem hæc necessariò effectum habeant, ne quid fiat contra voluntatem defuncti; quam non evertere, sed conservare Justiniano propositum fuit. Cuius rei exemplum habemus in legato & fideicommisso libertatis, *§ pen. inf. de sing. reb. per fideic. rel.* Quinque alias differentias refert Giphanius, quas existimat post exæquationem nostram adhuc relictas: sed perspicuo errore nec digno, qui confutetur.

Si quid amplius est in legatis] Mutua igitur est hæc

hæc exæquatio. In legatis hoc amplius erat, quàm in fideicommissis, quod aliquando, & scilicet legata re testatoris propria, dominium recta in legatarii transibat. ex fideicõmisso nunquã: item quòd pro obtinendo legato comparata erat legatario ordinaria actio ex testamento, aut quo casu dominium translatum erat, etiam rei vendicatio: de fideicommissis una tantùm competebat extraordinaria persecutio. De quo dicendum amplius *inf. tit. de fideic. hær.* §. 1. Cæterùm etiam hanc differentiam sustulit Justinianus, & fideicommissa vice mutua in his rebus exæquavit legatis, ut jam ijsdem quoque actionibus, quibus legata, peti possint, *l.* 1. *&* 2. *C. comm. de leg.*

Separatim prius de legatis, & postea de fid.] Hinc est, quod Justinianus in progressu aliquando ita differit, tanquam inter legata & fideicommissa quędam adhuc differentiæ obtinerent, quas tamen certum est eum unà cum cæteris sublatas voluisse. Veluti in §. *præterea* 10. *inf. de fideic. hæred.* ubi ait, legata nisi ex testamento non valere. Et in *pr. tit. de sing. reb. per fid. rel.* sic loquitur, quasi à legatario etiamnum legari non liceret.

TEXTUS.

4. *Non solùm autem testatoris vel hæredis res, sed etiam aliena legari potest, ita ut hæres cogatur redimere eam, & præstare, vel si eam non potest redimere æstimationem ejus dare. Sed si talis sit res cujus commercium non est, vel adipisci non potest, nec æstimatio eius debetur; veluti si quis campum Martium, vel basilicas, vel templa, vel quæ publico usui destinata sunt, legaverit. Nam nullius momenti tale legatum est. Quod autem diximus, alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat alienam rem esse, non si ignorabat. Forsitan enim si scivisset alienam rem esse, non legasset, & ita divus Pius rescripsit. Et verius est ipsum qui agit, id est, legatarium, probare oportere, scivisse alienam rem legare defunctum; non hæredem probare oportere, ignorasse alienam. Quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.*

NOTÆ.

4. SED ETIAM ALIENA] Etiam difficilis ejus paratio sit, *l.* 39. §. 7. *de legat.* 1. nec obstat, quod lex 12. tabb. tantùm de suo legandi potestatem facit, *l.* 120. *de verb. sign.* nam & qui legat rem alienam, de suo legare intelligitur: quoniam hæredem onerat redemptione.

SI NON POTEST REDIMERE] Quòd dominus eam vendere nolit, aut immodicum pretium exigat, *leg.* 14. §. *ult. l.* 30. §. *ult. de leg.* 3. *l.* 71. §. 3. *eod.* 1.

CUIUS COMMERCIUM NON EST] Ejus rei, quæ absolutè commercio exempta, legatum prorsus inutile est: cujusmodi sunt, quæ hic & in *l.* 39. §. 8. *& seqq. eod.* 1. memorantur. Sed nec earum rerum legatum regulariter consistit, quæ ædibus juncta sunt, *l.* 41. cum 2. *seqq. eod.* Quid si vel testator vel hæres commercium rei non habeant? Resp. si legatarius habeat, utile esse legatum, *l.* 49. §. 3. *eod.* 2. fac. *l.* 34. *de verb. obl.* sin minus, non valere, *d. l.* 49. §. 2. *d. l.* 54. non Obst. *l.* 114. §. 5. *eod.* 1. neque *l.* 11. §. 16. *eod.* 3. illa tibi quod respondeas ipsa subministrat, in hac agitur de legato militiæ, cuius natura æstimatio continetur, *d. l.* 49. §. 1. in *l.* 40. *eod.* delenda videtur secunda negatio: alioqui illa abundant, *cuius commercium legatarius non habeat.* Cujac.

NON SI IGNORABAT] Nisi personæ proximæ reliquerit, id est, tali, cui verisimile sit quovis modo legaturum fuisse, *l.* 10. *C. eod.*

FORSITAN, &c. NON LEGASSET] Quoniam nemo facilè hæredem suum onerare solet redemptione alienæ rei, *l.* 67. §. 8. *eod.* 2. quæ ratio cum cesset in re hæredis legata, cessat etiam hæc distinctio, *d. l.* 67. §. 8.

LEGATARIUM PROBARE] Hoc idem ijsdem verbis Marcian. tradit *l.* 21. *de prob.* fac. *l.* 23. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Quarum rerum legatum consistat, aut non consistat.*
2. *Legem* 12. *tabb non impedire, quominus res aliena legari possit. Et num jus Canonicum.*
3. *Quid juris sit in legato rei communis. Quæstio subtilis & elegans.*
4. *Effectus legati rei alienæ.*
5. *Legatum rei simpliciter exemptæ commercio, aut usibus Principis deservientis, prorsus inutile esse. Vt & regulariter earum rerum, quæ ædibus junctæ.*
6. *Rei exemptæ commercio certæ personæ legatum valere, si legatarius commercium habeat; sin minus, subjecta plenissima solutione omnium, quæ obstare videantur.*

7. Quia

7. *Quid juris, si feudum legatum sit.*
8. *Legatum rei alienæ, nisi singulari conjectura adjuvetur, cur demum valere placeat, si testator sciverit, alienam esse: & cur legatario eius rei probatio incumbat.*

INchoatur hic tractatio de rebus, quæ legari possunt, aut non possunt: qui locus maximam huius tit, partem occupat; nec est sine multiplici distinctione pervius. 1 Primum hoc in genere teneamus, non solùm res specialim sic dictas, sed etiam facta legari posse, ut qui jussus est facere, parere debeat: nec sqlùm res corporales, sed etiam incorporales, putà usumfructum, servitutem, nomẽ. Deinde posse legari non modò res, quæ actu sunt in rerũ natura, verùm etiam, quæ futuræ sperantur: quæ non sunt, nec esse possunt, earum legatum inutile esse. De quibus omnibus accuratiùs agemus suis locis. Porrò interest, utrum res legata sit in commercio, an non sit: & si extra commercium, utrum simpliciter atque in totum, ut sunt res publicæ, sacræ, sanctæ, religiosæ, liber homo; quarum rerum legatum nullius momenti est: an verò res talis sit certo respectu, & vel ob specialem circumstantiam cõmercio exempta, cum alioqui per se & conditione sua sit in commercio, cujusmodi sunt marmora, columnæ, tigna ædificijs juncta; quæ inutiliter itidem uno atque altero casu excepto legantur; vel exempta commercio quorundam, non omnium, ut mancipiũ Christianum, cujus commercium non habent hæreticus, Judæus, paganus, *tit. C. ne mancip. Christ.* item militia, hoc est, officium alicuius eorum, qui in aliqua schola seu ordine inter statutos relati sunt, ex quo salaria à Principe consequuntur; cujusmodi officiorum constat quoq; non omnes jure capaces esse, *vid Cuiac. in l. 3. §. si quid minori 7. de minorib.* Sic prædij provincialis cum alijs cõmercium est, cum præside non item. Atq; huius generis res aliquando utiliter, aliquando inutiliter legantur: de quo uberius paulò post. Quæ res legata in commercio est, ea vel est testatori: propria, vel non est; & hæc iterùm vel hæredis, vel legatarij, vel tertij alicuius, quæ in hoc argumento specialiter dici solet res aliena. De re hæredis scriptum hic est, eam non minus, quàm rem testatoris legari posse: neque ullam hoc dubitationem habet; adeò ut hujusmodi legatum valeat, etiamsi testator existimaverit rem suam se legare, *l. anum 67. §. si rem 8. de legat. 2.* De re legatarij legata distinctè dicetur *inf. sub §. sed si rem. 10.* De re aliena hic itidem traditum est, eam utiliter legari; cum ea tamen distinctione, quam legatum rei testatoris aut hæredis proprię non recipit. Potæmò illud quoque generaliter tenendum est, nullius esse momenti legatũ earum rerum, quæ legatę nihil emolumenti aut commodi legatario afferunt, quamvis sint in commercio: de quo etiam inferius præcipietur diligentius *sub §. ex contrario 14.*

Sed etiam alienam] Etiam res alienas legari posse, 2
semper constitit, & posse, etiamsi difficilis earum paratio sit, ut ait Jurisconsultus *l. cum servus 39. §. conflat 7. de legat. 1.* nec obstat lex duodecim tabularum, quæ tantùm de suo legandi potestatem facit, *l. verbus 120. de verb. sign.* nam & qui legat rem alienam, de suo legare intelligitur. Onerat enim hæredem, ut rem redimat, & redemptam præstet. Olim hoc proprium fuit legatorum, quæ per damnationem relinquebantur. Sicut indicat *l. qui quatuor 30. § ult. de legat. 3.* & expressè testatur *Vlpian. in fragm. sub tit. de legat.* Hodie autem licebit in hac re etiam verbis legati vendicationis propriis uti, ut puta, *do, lego*, aut similibus. Sed & rem hostium legari posse placuit, si modò in ea causa sit, ut aliquo casu emi possit, & jure commercij comparari, *l. ab omnibus 104. §. 2. de legat. 1.* Ejus rei, quæ apud hostes est, bello scilicet capta, legatum omnimodò consistit jure postliminij, *l. 9. si servus 98. eod.* An autem jure quoque Canonico legatum rei alienæ valeat; dubitatur propter *cap. filius x. de testam* ubi videtur ejusmodi dispositio improbari. Covarruvias putat, speciem *d. c.* esse singularem, quòd res alterius Ecclesiæ legata proponeretur sepulturæ causa: & ideo extra speciem illic propositam etiam jure Pontificio alienæ rei legatum consistere. & ita quoque *Mantic. 9. de conj ult. vol. 10. Fachin. 5. contr. 38.* At enim negari non potest, quin Pontifex in *d. c.* offenderit, sibi displicere rei alienæ legatum, cum id magis *sæculi legibus*, quàm *legi Dei* convenire significat. Quamobrem D. Tulden. *hic cap. 5.* fatetur quidem, improbari à Pontifice hanc juris civilis dispositionem: cæterùm cùm eam expressè non abroget, meritò eam adhuc obtinere debere contendit; maximè cum probabili nitatur ratione, prolixius indulgendi supremis hominum desiderijs, & eo tantùm pertineat, ut hæres rem à domino redemptam, aut eo nolente vendere, justam rei æstimationem legatario præster. Crediderim, Pontificem opinionis errore deceptum putasse, rei alienæ legatum legibus sæculi ita sustineri, ut eam rem velit nolit, dominus suo pretio vendere teneatur: nam ut hæres aut redemptione rei alienæ, aut pretij illius præstatione oneretur, constat, legi divinæ minimè repugnare. Quæsitum est, quid juris sit in legato rei communis Finge testatorem fundum Sejanum, quem cum Titio communem habebat, legasse Sempronio non adjecta portione. Res dubitationem non habet, si testator sic dixerit, *fundum meum*,

meum. Hic enim portionem tantùm deberi, id est, partem, quæ testatoris fuit, non alienam, diserte respondet Paul. *l. 5. §. ult. de leg.* 1. & addit, hoc cõstare, ut ostendat, certi juris esse, non controversi. Quippe & verba & mens testatoris hic pro hærede faciunt. Verba, quia *fundum meum* rectè interpretamur, quatenus meus est: nam meum etiam rectè dicitur, quod pro parte meum est, *l. in re communi* 26 *de serv. prad. urb. l. si quis* 74. *de legat.* 3. *l.* 2. *de cond. inst.* quamvis totum meum esse non rectè dicatur, *l. rectè, de verb sign.* Mens testatoris; quia etiamsi res dubia esset, non facilè crederetur testator onerare hæredem suum voluisse necessitate redimendi, *l. unum* 67. § *si rem.* 8. *de leg.* 2. Sed dubitatur, si testator non dixerit, *fundum meum*, aut *qui meus est*, sed simpliciter fundum sibi cum alio communem legaverit, utrum totus debeatur, an ea tãtùm portio, quæ testatoris fuit. Accursius existimavit, totum deberi, quoniam legatum rei alienæ, quam testator scivit alienam esse, valer, & in proposito fundus, si in totum esset alienus, totus deberetur. Quod & Donello visum in *leg.* 10. *Cod. de leg. nu.* 2. Sed contrariam sententiam, quam probant *Bart. Bald. Iaf. Ang. Zaf. Duar. in d. leg.* 5. § *ult. de legat.* 1. *Mant.* 9. *de coni. ult. vol. tit.* 1. *n.* 12. veram esse existimo, partem tantùm deberi. Quippe longè diversa ratio est in casu proposito rei in totum alienę, & pro parte meę. Si res legata tota aliena est, non potest videri testator revocasse modum legati ad partem aliquam suam, quam nullam in ea re habet, nullaque alia conjectura capi potest, quàm voluisse legare totã. At cùm pars tantùm testatoris fuit, omninò credibile est eum potius de sua illa parte cogitasse, quàm voluisse hæredem suum ita onerare, ut partem alienam redimat, quæ conjectura efficacissima est, *leg. unum* 67 *§. si rem.* 8. *de leg.* 2. *l. Sticho* 36. *in fin. de usuf. leg.* Eandem rationem habet, quod in specie fundi vectigalis legati responsum est, non videri proprietatem legatam, sed jus, quod in eo testator habuit, *l. si domus* 71. § *ult. de legat.* 1. *fac. l.* 24. *de instruct. vel instr. leg. l.* 30. § 4. *de legat.* 3. Planè, si testator nominatim dixerit, se legare fundum Seianum *totum* vel *omnem*, responderem, utramque partem, & tam alienam, quàm testatoris, deberi, *arg. l. Iuliano* 68. *in pr. de legat.* 3. Fusiùs hanc quæstionem tractamus *lib.* 2 *select. quæst. cap.* 26.

4 *Si eam non potest redimere, æstimationem eius dare*] Effectus legati rei alienæ hic est, ut hæres eam rem teneatur redimere & præstare, aut si redimere non possit, quòd dominus eam vel nolit vendere, vel non nisi immodico pretio vendere velit, justam æstimationem inferre, *l. si demus* 71. §. 3. *de legat.* 1. *l. non dubium* 14. §. *ult. l. qui quatuor* 50. §. *ult. de legat.* 3. & competit legatario eo nomine actio personalis ex testamento. In rem hoc casu competere non potest, quoniam fieri nequit, ut re aliena legata, dominium eius rei rectà à morte testatoris ad legatarium transeat. Hæc verò ita obtinent si testator rem alienam legavit sciens, secus est, si ignorans, ut paulò post audiemus,

Si talis sit res, cuius commercium non est. nec æstimatio debetur] Ejus rei, quæ simpliciter atque absolutè extra commercium est, legatum inutile prorsus atque inane est, ut nec æstimatio debeatur. Cujus generis sunt res sacræ, sanctæ, religiosæ, usibus publicis destinatæ, *l. cum servus* 39. §. *pen. de legat.* 1. Idem est, si legata sit res, quæ usibus Principis deservit, veluti horti Salustiani; fundus Albanus, aut prædia, quæ in patrimonio Cæsaris sunt; quippe quarum rerum commercium non est sine jussu Principis, & furiosi est talia legata adscribere, *d. l. cum servus*, § *antepen. & ult.* Sed neque earum rerũ legatum regulariter consistit, quæ ædibus junctæ sunt, ut puta columnæ, marmora, regulæ, aut alia id genus: quamobrem nec his rebus legatis æstimatio debetur, *l. catera* 41. *cum* 2. *ll. seq. d. tit.* Excipiuntur duæ causæ, in quibus harum etiam rerum legatum valere placet; quarum una est in *d. l. catera*, §. *sed si quis* 5. *altera in leg.* 11. §. *si quis illicite* 14. *de legat.* 3. nimirum quia in utraque ea specie cessat ratio; ob quam hæ res legari, aut negotiandi causa eximi prohibentur, quæ hæc est, ne ruinis deformetur aspectus publicus, *l.* 2. *C. de ædif. priv.* Hæc omnia liquida sunt & cunctis probata. Quòd si 6
certæ alicuius personæ commercio res exempta est, refert testator is, aut hæres sit, an legatarius. Si testator, utile nihilominus est legatum, si legatarius commercium habeat: nam & utilis est stipulatio, si rei in stipulatum deductæ commercium habeat stipulator, licet promissor non habeat, *leg. multum* 34. *de verb. obl.* Idemque est, si hæres non habeat, legatarius habeat: neque enim hic persona hæredis; utpotè à quo res mox abitura est, considerari debet. Textus est in *leg. mortuo bove* 49. §. *sed Proculus* 3 *de legat.* 2. Hæc quoque extra dubitationem posita sunt, & usu, uti & superiora, recepta. *Grot.* 2. *manuduct.* 22. *vers. pen.* Quòd si legatarius commercium non habeat, traditum est, legatum non valere, *dict. leg. mortuo bove* §. 2. cui simile est, quod is, qui rei commercium non habet, eam inutiliter stipulatur, *dict. leg.* 24. *de verb. obl.* & quod donari non potest, quod donatario acquiri non potest, *leg.* 9 § *ult. de donat.* εἶον χριστιανὸν ἀνδραποδον αἰχμαλωτικὸν ὠνησάμενος, ut ibi Græci. Cæterùm non est hoc æquè expeditum, ac præcedentia. Nam primùm obstare videtur

quod responsum est, militia servo alieno legata, domino æstimationem deberi, modò testator sciens eam servo legaverit, *l.11.§.si servo 16. de legat.3.* Atqui servus militiæ capax non est. Respondeo, servis ademptam esse totius juris civilis communionem. Sed sciendum, testamenti factionem cum servis ex persona dominorum introductam, ut proinde si domino militia relinqui potuit, & servo possit, atque in persona servi ipsi domino relicta videatur, *leg. non minus 31. de hared. inst.* Eo fit, ut si testator servo alieno militiam legaverit, legatum utile sit, & æstimatio, quæ natura legati militiæ continetur, *d. leg. 49. §. 1. de legat. 2.* debeatur domino, qui militiæ commercium habuit. Utique si testator non ignoraverit servum esse: nam si liberum putavit, scriptum est in *d. leg. 11. §. si servo.* denegari fideicommissi petitionem, addita hac ratione, quia si sciisset servum, non reliquisset. Itaque nec ad dominum quicquam isto casu ex legato aut fideicommisso redire voluit, reperiturque res relicta ei solùm, qui commercium eius non habet. Quod distinctionem nostram confirmat. Secundò refragari putatur *leg. si filiusfa. 114. §. si quid alicui 5. de legat. 1.* Sed hic locus ipse tibi quod respondeas, subministrat. Ait Jurisconsultus, *si quid alicui licitè fuerit relictum, quod ipse quidem propter corporis sui vitium, vel propter qualitatem relicti, aliámve probabilem causam, habere non potest, alius tamen habere potuit, æstimationem deberi.* Proponitur legatum licitè relictum: ergo relictum capaci, non ei, cui commercium rei relictæ interdictum est. Nemo enim dicet prædium provinciale licitè legari præsidi, aut mancipium Christianum Judæo. Proponitur relictum ei, qui casu aliquo & probabili ex causa rem habere non potest; non ei, qui jure capere prohibetur. Finge, surdo, muto, aut cæco militiam legatam aut per fideicommissum relictam, hoc casu æstimatio debebitur: at non deberetur, si ea res relicta esset incapacis argum. *d. l. 11. §. si servo 16. de legat 3.* Postremò hic objicitur *l. sed si res 40. de legat. 1.* qui locus plus difficultatis habet: scriptum enim illic expressè est, utile esse fideicommissum & æstimationem deberi etiam eo casu, quo fideicommissarius jus possidendi non habet. Donellus in *d. leg. multum, de verb. obl.* distinguit inter impedimentum possidendi & incapaciratem legatarij, vultque aliud esse, non habere jus possidendi, aliud, non habere rei commercium. Verùm ista distinctio locum habet, ubi quæstio est de conditione personæ legatarij, non de capacitate eius aut incapacitate, ut jam intellectum est. Robertus, 3. *animad. vers. 11.* & alij, interesse putant, sciverit testator legatarium sive fideicommissarium incapacem esse an ignoraverit: priore casu æstimationem deberi, posteriore non item. Non displicet, quod Cujacius in *d. leg. multum,* contendit redundare in *d. l. sed si res*, secundam negationem, eamque demendam; ut hic sit sensus, æstimationem deberi, si res, cuius commercium legatarius non habet, ab eo per fideicommissum relinquatur ei qui commercium eius rei habet. Quæ sententia verissima est. Nam persona legatarij in huiusmodi specie quasi subducitur, perindeque habetur, ac si fideicommissum rectà ab hærede relictum esset: estque casus hic simillimus ei, qui proponitur in *d. leg. mortuo bove. 49. §. pen. de leg. 2.* Secunda autem negatione retenta, fit scriptura inepta, & illa abundant, *cuius commercium legatarius non habet.* Quid enim refert, legatarius, à quo res per fideicommissum relicta est, commercium eius rei habeat, nec ne, si fideicommissarius non habeat, aut non habeat jus possidendi? Non placet hæc confidentia Cujacij Duareno in *d. l. sed si res.* Sed cui placere poterit Duareni explicatio, verba illa, *cui jus possidendi non est*, referentis ad legatarium, qui Duareno idem est ille, cui per fideicommissum relinqui dicitur? Quis non videt, tunc totum illud, *cui possidendi ius non est*, abundare? Existimat autem Duarenus, in quæstione proposita distinguendum esse ex ratione juris veteris inter legatum & fideicommissum. Legatum rei, cuius legatarius commercium non habet, eo jure inutile esse, fideicommissum, in quo benignior admittebatur interpretatio, utile, atque ex eo æstimationem fideicommissario deberi. Argumento esse, quod in iis locis, ubi negatur deberi æstimatio, agatur de legato, ut in *dict. leg. mortuo bove, de leg 2. §. pen.* contra ubi æstimatio dicitur deberi, de fideicommisso, ut in *d. leg. 11. §. si servo, de legat 3. & d. leg. si filius fam. 114. §. si quid alicui, de legat. 1.* Bachovius etiam, qui idem in hac re, quod Duarenus, sentit, non inelegantem sibi huius differentiæ rationem reddere videtur; nimirum quia legatum rectà transit in legatarium, fideicommissum primò consistit in persona eius, à quo relinquitur. Ego verò non magni hæc æstimo. Nam si tam insignis hoc in casu differentia fuisset inter legata & fideicommissa, utique eius meminissent. *Vlpian. & Gaius sub tit. de fideicom.* ubi harum rerum differentias, si non omnes, saltem pleraſque & præcipuas recensent. Quin contra ex Ulpiano didici, legatum damnationis, de quo ferè hic quæritur, & fideicommissum eiusdem esse hactenus naturæ, ut eædem res, quæ per unum relinqui possunt, possint & per alterum *dict. tit. de fideic. §. 4.* Sed nec magis ex legato damnationis dominium recta in legatarium transit, quàm ex fideicommisso: ex quo apparet ratio-

nem

nem illam differentiæ, quam Bachovius profert, non esse usque adeò elegantem. Quid si feudum legatum sit? Hic æstimationem deberi negant *Gail. 2. obs. 154. nu. 13. Fachin. 5. contr. 37. Vult. 1. de feud cap. 9. nu. 72. Pet. Gregor. 42. syntagm. 32.* Ajunt Peregrin. *de fideic. art. 11. nu. 103. & seq. Matheac. lib. 2. epit. leg. cap. 19. nu. 4.* Quorum sententia probabilior videtur *Bachov. in Treutl. vol. 2. disp. 13. thes. 5.* Sed prior apud nos obtinet, sive testator de suo feudo disposuerit non interveniente domini consensu, *Div. Grot. 2. manud. 42.* sive de alieno, nisi aliundè liquidò constet testatorem & æstimationem præstari voluisse, uti supremam apud Mechlinienses Curiam censuisse refert *D. Christin. vol. 6. decis. 28.*

Si sciebat alienam rem esse] Non semper res aliena legata debetur: sed ut superius diximus, interest utrum quis rem alienam legans, sciverit rem alienam esse, an ignoraverit: si scivit, debebitur; si ignoravit, non item, *l. cum alienam 10. C. hoc tit. l. unum 67. §. si rem. eod. 2.* quod etiam nunc docet Imperator, addita huius rei ratione; *forsitan enim,* inquit, *si sciviſſet alienam rem esse, non legaſſet.* Sed unde illud colligimus testatorem legaturum non fuisse? Ex eo nimirum, quod nemo facilè credendus sit hæredem suum onerare voluisse redemptione rei alienæ, *d. l. unum, § si rem l. Sticho 30. in fin. de usufr. leg.* Atque hinc intelligere licet distinctionem illam ad rem hæredis legatam non pertinere, sed eam omninò deberi, etiamsi testator eam suam existimans legaverit: nempe cui rei legatæ dominium apud hæredem est, tam facilè eam hæres præstare potest, quàm rem quæ defuncti fuit, *d. l. si unum, §. si rem.* Planè aliquando conjectura voluntatis efficit, ut etiam res aliena legata indistinctè debeatur; veluti si relicta sit personæ proximæ, putà parenti, uxori, alicui ex cognatis, aut amico singulari, alijve tali personæ, cui verisimile est testatorem quovis modo legaturum fuisse, *d. l. 10. eod.* quod ad legata in piam causam relicta traducunt *Tiraq priv. pia caus. 66. Vasq. lib. 3. de succ. progr. §. 27. n. 41.*

Legatarium probare oportere] Quia ferè in casu legati rei alienæ quæstio inter hæredem & legatarium nasci solet, dum ille contendit ignorasse defunctum rem alienam esse, hic contra sciviſſe: quod porrò aliud dubium parit, utri scilicet necessitas incumbat probandi, hæredine ignorasse defunctum, an legatario sciviſſe: ideo Imperator, quid in hac re juris esset, simul definire voluit. Ait autem ab hærede nullam in proposito probationem exigi, sed legatarium probare oportere, sciviſſe defunctum rem alienam esse, adjecta hac ratione ex notissima juris regula, *leg. actor. Cod. de prob. leg. 4. C. de edend.* quia necessitas probandi incumbit ei, qui agit: qui hic legatarius est, non hæres. Hoc idem ijsdem verbis & Marcianus tradidit *leg. verius 21. de prob.* Accedit tamen huc etiam alia ratio, eaque fortior, quòd hæres præsumptione juris adjuvatur, quæ etsi actoris partes hæres sustineret, onus tamen probandi rejiceret in legatarium, *leg. 8. & 9. eod tit.* Planè potest hoc jus ex circumstantijs variari: nam si apud alium rei legatæ possessio sit, neque in ea defunctus quicquam juris habuit, aut sibi asseruit, magna causa est præsumendi pro legatario, sciviſſe defunctum, rem alienam esse, *adde Gomez 1. resol. 12. num. 13. Christin. volum. 4. decision. 32. num. 5. & seqq.*

TEXTUS.

5. Sed & si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet hæres eam luere. Et in hoc quoque casu idem placet, quod in re aliena, ut ita demum luere necesse habeat hæres, si sciebat defunctus rem obligatam esse: & ita divi Severus & Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluerit legatarium luere, & hoc expresserit, non debet hæres eam luere.

NOTÆ.

5. SI REM OBLIGATAM] fac. *l. 47. de legat. 1. l. 15. de dot præl. l. 6. C. de fideic.*

HÆRES EAM LUERE] In *d. leg. 15. liberare.* Luere est pignus solutione vel satisfactione liberare.

UT ITA DEMUM LUERE, &c. SI SCIEBAT] Si ignorabat, valet quidem adhuc legatum: cæterùm tunc luitio ad legatarij sollicitudinem pertinet, *d. l. loc.* nisi testator eam rem vel aliam non minoris pretij æquè legaturus fuisset, si sciisset obligatam, *d. l. 49. eod. 1. l. 6. C. de fideic.* ut sup. in re aliena, *l. 10. C. h. t.*

ET HOC EXPRESSERIT] In testatoris certa & expressa voluntate conjecturis non est locus, *l. 33. eod. 1.*

COMMENTARIUS.

1. *Doctrina huius §. non obstare quod alibi traditur si res certa legata sit, talem dari debere, qualis est.*

2. *Interdum etiam tunc cùm testator nesciv[illegible]*

rem obligatam esse, heredem eum luere debere, & quibus casibus.

3. *Quid juris sit pignore distracto.*

RES pignori obligata quodammodo aliena est, utpotè cujus pretium nobis absit, quod pro ea liberanda præstare cogimur, *argum. l. Labeo 14. de verb. sign.* unde & pignoris obligatio, species quædam alienationis habetur, *l. ult. C. de reb. al. non alien.* Atque hinc est, quod in re pignori obligata idem placet, quod in re aliena, ut quemadmodum hæres rem alienam legatam cogitur redimere, ita & rem pignori obligatam, quæ legata sit, luere, id est, nexu pignoris liberare, soluta creditori pecunia. *hoc text. l. si res 57. de legat. 1. licet 15. de dot. præl. l prælia. C. de fideic.* Non obstat quod alibi traditur, si res certa legata est, talem dari debere, qualis est; verbi causa fundus, qui legatus est, servitutem debet, eum cum servitute rectè præstari, *l. servo 69. §. 3. de legat. 1.* si servus statuliber legatus est, statuliberum rectè dari, *l. servum 44. §. pen. & l. seqq. §. ult eod.* Nam hoc de re testatoris legata dicitur, ad rem alienam aut ex parte alienam non pertinet, qualis meritò habetur res opposita pignori, quoad quantitatem æris alieni. Eadem ratione responsum est fundo legato, cujus usufructus alienus est, hæredem hunc usumfructum redimere debere, quoniam scilicet & in usufructu res aliena legata videtur: nam etsi usufructus non in parte, sed in jure consistit, emolumentum tamen rei continere, & ideo instar obtinere portionis, *l. Mævius 66. §. pen. l. cum filius 76. § dominus 2. de leg. 2.* Planè, si quis prædium legavit obligatum pro annuo reditu, hoc casu non esse cogendum hæredem prædium liberare, post Joan. Fab. D. Tuldenus *hic c. 11.* annotavit: & ita observari ait; quoniam ejusmodi onera plerumque perpetua sunt, instar servitutis rei inhærentia, ut proinde non sit præsumendum, testatorem cogitasse de liberatione, *decis. Cur Holland. 11. in fin.*

Ita demum, si sciebat defunctus] Si ignorabat, valet quidem adhuc legatum: cæterum tunc res à legatario luenda est, *dd. loc.* Duo sunt casus, quibus placet etiam tunc cùm ignoravit defunctus rem obligatam esse, hæredem pignus luere debere. Unus est, si testator eam rem vel aliam nō minoris pretij æquè legaturus fuisset, si scisset obligatam, *d. l. si res, de leg. 1. d. l. prædia, Cod. de fideic.* de quo constare poterit, si vel testator id aliquando apertè professus sit, aut si rem cōjunctæ personæ legaverit, ut suprà in re aliena, *arg. l. cum alienam, C. de leg.* Alter casus est, cùm debitum exæquat aut superat pretium rei pro eo obligatæ: quoniam hoc casu legatarius ipse [illegible] liberans nihil reliqui habiturus esset, atq; inani legato, quod verisimile non est defunctum voluisse, ludificaretur, *d. l. si res, in pr.* ubi ita legendum est, *vel nisi non potest aliquid esse superfluum exsoluto ære alieno.* Ut editiones Roberti Stephani, Petri Baudozæ & nonnullæ aliæ habent, & in sua notat Jul. Pacius: non ut vulgò legitur, *vel potest aliquid esse superfluum, &c.* Nam hac lectione retenta, hic Jurisconsulti sensus fuerit, ut rectè *Fachin. lib. 12. contr. 34.* quotiescunque plus est in re legata, quàm in debito, pro quo obligata est, hæredem eam luere debere, etiam ubi nescivit testator obligatam esse: quod & verum esse existimat *Fachin. d. loc. & D. Tulden. hic c. 11.* Atqui tunc regula convertenda erit: quoniam rarissimè fit, ut creditores pignus accipiant, cujus æstimatio non superet quantitatem crediti. Donellus 8. *comm. 19.* alium sensum vulgatæ lectioni affingit, nimirum cùm debitum excedit pretium rei legatæ, quam testator obligatā nesciebat, pro ea quidem quantitate, quæ rei pretio respondeat, legatarium luiturum: cæterùm quod restat adhuc ex solvendum, ut pignus in totum liberetur, id ab hærede præstandum: quam interpretationem verba ista, *si potest esse aliquid superfluum exsoluto ære alieno*, minimè ferunt. Illud hic monendi sumus, tunc solùm hæredem posse pignus luere, cùm id nondum à creditore legitimè distractum est. Distracto pignore res in priorem speciem rei alienæ legatæ incidit, utpote dominio pignoris jure in aliū translato, *l. non est novum 46. de acq. rer. dem. l ult. C. si vend. pign. agat.* Proinde hoc casu id superest, ut hæres aut rem redimat, aut si redimere non possit, æstimationem ejus præstet; nisi contraria defuncti voluntas ab hærede ostendatur, *d. l. prædia, C. de fidei.*

Voluerit legatarium luere & hoc expresserit] Ratio manifesta est, quia in certa voluntate testatoris conjecturis non est locus; sed simpliciter standum est voluntati defuncti, *l. si pluribus 33. de legat. 1.*

TEXTUS.

6. *Si res aliena legata fuerit, & ejus rei vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest: si verò ex causa lucrativa, veluti ex donatione, vel ex alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem & eandem rem concurrere non posse. Hac ratione si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utrum*

utrum rem, an æstimationem, ex testamento consequutus sit. Nam si rem habet, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa: si æstimationem, agere potest.

NOTÆ.

9. EX CAUSA EMPTIONIS] Aliáve causa onerosa, veluti permutationis vel dotis, *l.19. de obl. & act.*

PRETIUM CONSEQUI POTEST] *l.34. §.7. l.82. §.3. l.84. §.5. de leg.1.*

TRADITUM EST DUAS LUCRATIVAS, &c.] Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cùm ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenit, *l.17. de obl. & act.* fac. *l.108. §.4. de leg.1. l.66. §.1. eod. 2. l.83. §.6. de verb. obl. l.61. de solut.* Ratio est, quia cùm creditoris jam res esse cœpit, in eum casum devenit obligatio, à quo incipere non potuit, §.10. *inf. de inut. stip.* § 14. *inf. de act.* diversa ratio est causæ onerosæ; quia cui pretium abest, ei adhuc res ipsa abesse videtur, *l.14. de verb. sign.*

VTRUM REM, AN ÆSTIMATIONEM] Ratio est, quia non ut æstimatio re continetur, ita res æstimatione, *l.88. de verb. sign.* Cum hac distinctione accipienda *l.34. §.1. de leg.1.*

COMMENTARIUS.

1. *Distinctionem hoc §. traditam locum habere etiam cùm res legata mortuo testatore ad legatarium pervenerit.*
2. *Duarum causarum lucrativarum in eandem rem & personam concursum esse speciem liberationis, & quò ea pertineat.*
3. *Quid si eadem res eidem sæpius legata sit eodem testamento.*
4. *Quid si eadem quantitas eidem legata vel unius testamento, vel duorum.*
5. *Si duorum testamentis eadem res relicta sit, eum qui rem nactus est, posse ex altero adhuc æstimationem petere: non contra, & cur tam variè.*

SI res legata tempore facti testamenti legatarij fuit, legatum inutile est, ut docetur *inf. §. sed si rem.* 10. Quod si eo tempore aliena est, & legatarius postea ex alia causa dominium eius nactus sit, placet, inspiciendum esse, quali ex causa nactus sit, ex onerosa, an lucrativa: si ex causa onerosa, actione ex testamento eum agere posse & pretium consequi: contra si ex lucrativa, non posse, propter regulam, quæ definit, duas causas lucrativas in eandem rem & personam concurrere non posse: quam statim explicabimus. Causa onerosa est, ex qua rem ita accipimus, ut pro ea aliquid vicissim præstemus: quod accidit in emptionibus & permutationibus. Dotis etiam causa onerosa intelligitur, *l. ex promissione* 19. *de obl. & act.* Lucrativa causa est, propter quam accipienti nihil abest, quales sunt legatum, fideicommissum, donatio, *l.4. §. si quis* 2. *de dol. mal. exc. l. inter* 83. *§. si rem* 6. *de verb. l. in perpetuum* 61. *de solut. l. un. §. lucrativas C. de imp. lucrat. de script.*

Si res aliena legata fuerit] Ab eo scilicet, qui sciebat, rem alienam esse: alioqui legatum inutile est, nisi singulari conjectura voluntatis sustineatur, ut ostensum suprà in explicatione §.4.

Vivo testatore] Exempli causa hoc dictum putant Gloss. & DD. idemque obtinere, quamvis id contigerit testatore mortuo: quibus assentior. Nam etsi hæreditatem aditam ponamus, ex quo hæres debitor efficitur; idem tamen dicendum esset, nempe hæredem liberari, si antequam rem redimere & præstare posset, ea ex alia causa lucrativa ad legatarium pervenerit, juxta regulam generalem traditam in *l. omnes* 17. *de obl. & act.* Proinde frivolum est, quod objicit Bachov. diem legati cedere à morte testatoris. Sed quid si legatarius eandem rem iterum vivo testatore alienaverit, an legatum convalescet? Negant comm. DD. Sed ego subsisto propter *l. non quocunque* 82. *in pr. de legat.* 1. qui locus arguere videtur, cum effectu obligationem in proposito non extingui, nisi die legati cedente dominium rei adhuc apud legatarium existat.

Ex causa emptionis &c. pretium consequi potest] *l. planè* 34. *§. quod si.* 7. *de legat.* 1. *add. l. si à substituto* 45. *l. huiusmodi* 84. *§. qui servum* 5. *eod. tit.* & quidem si rem totam emit, aliôve oneroso titulo acquisivit, pretium totius; si non totam, sed partem, pretium partis, quam emit, consequetur, *d. l. non quocunque* § 3.

Duas causas lucrativas in eundem hominem & eandem rem] Definitio generalis, cui locus est non tantùm, si ex causa legati aut fideicommissi res debeatur, *l. si servus* 108. *§. Stichum de legat.* 1. *l. Mævius* 66. *§.1. de legat.* 2. *l. natu.* 21. *§.1. de legat.* 3. sed etiam si ex aliis causis similiter lucrativis, *d. l. omnes* 17. *de obl. & act. l. inter stipulantem* 83. *§. si rem* 6. *de verb. obl. l. in perpetuum* 61. *de solut.* Est enim duarum lucrativarum causarum circa eandem rem & personam concursus species liberationis, *d. l. omnes de obl. & act.* quæ, ut ego existimo, referenda est ad eas causas, in quibus res incidit in eum casum, unde incipere non potuit, §.2. *inf. de inut. stip.* Cùm enim res, quæ ex lucrativa causa debetur, ad creditorem pervenit ex alia causa lucrativa, cœpit res ejus esse, ut jam amplius ejus fieri non possit, §. *sic itaque*

que 14 *inf. de act.* Dices, idem contingere, si res ad creditorem pervenit ex causa onerosa. Cur igitur pariter hoc casu non accidit, ut alius liberetur, qui eandem rem ex causa lucrativa debet? Nimirum quia cùm ex causa onerosa creditor rem nactus est, licet domini jure non minus, quàm si ex causa lucrativa nactus esset, rem habeat: emolumento tamen non videtur habere, eoque nec ad eum pervenisse, secundùm veterum doctrinam, qui sic definiunt, rem abesse videri ei, cui pretium abest, *l. Labeo* 14. *de verb. sign.* Porrò locus est propositæ regulæ, si certa res sit aut species, quæ debeatur: nam si certa quantitas aut summa bis, verbi causa, legata sit, non potest dici eandem rem deberi, *l. planè* 34. § 3. *de legat.* 1. *l. Titia* 87 *de legat.* 2. quamvis si ab eodem, multiplicatio legati non præsumatur, *d. l. planè* § 3. Exigit regula, ut ea species ad creditorem pervenerit, *d. l. omnes de obl. & act.* quæ verba cum effectu accipienda sunt, si sic pervenerit, ut sit mansura: alioqui si in ea causa sit, ut avocari possit, aut ea lege legata, ut alteri restituatur, definitio locum non habet, *l. non quocunque* 82. *in pr. & §. 1. de legat.* 1. *l. in perpetuum* 61. *de solut sac. l. aliud* 71. *de verb. sign.*

Si ex duobus testamentis eadem res] Ait *duobus*, id 3
est, *duorum testamentis*. Nam si eadem res eidem sæpiùs legetur eodem testamento, ampliùs quàm semel peti non potest, sufficitque vel rem consequi vel rei æstimationem, *l. planè* 34. §. 1. *de leg.* 1. Quippe sæpius idem legando non ampliat testator legatum, *l. si alij* 42. *de usufr.* nec tam legasse sæpius, quàm sæpius locutus creditur *l. Mævius* 66. § *eum* 5 *de leg.* 2. *l. si tibi* 86. §. 1 *de legat.* 1. nisi manifestè constet ampliandi legati causa sæpius legasse: ut in hac specie; Duos quis scripsit hæredes, & damnavit unumquemque solidam legatario præstare; hic idem esse responsum est, atque si duobus testamentis legatum esset, *l. quid ergo* 53. § 2. *de legat.* 1. Ait *eadem* 4
res, id est, *eadem species, idem corpus*, nam si eadem quantitas eidem duorum testamentis relicta sit; puta centum aurei, solidum legatum ex utriusque testamento peti potest: quamvis si in eodem testamento, non aliter placeat legatum sæpius præstandum, quàm si legatarius doceat testatorem multiplicare summam voluisse: præsumitur enim potiùs repetisse legatum, quàm voluisse multiplicare, *d. l. planè* §. 3. nisi fortè diversis scripturis legaverit, puta testamento & codicillis: tunc enim si hæres contrarium ostendat, legatum duplicatum præsumitur, *l.* 12. *de probat & ibi Gloss & comm. DD. Duar. ad d. l. planè*, ubi occurrit argumentis Zasij hanc distinctionem impugnantis: aut si variaverit testator quandum legandi in quantitate vel qualitate, condi-
tione, tempore, loco, vel causa: nam & tunc ampliasse legatum creditur, nisi contrarium doceatur, per *l. cum centum.* 9. *de adim. leg. Bald. Castr. Raphael. Iaf. in d. l. planè* §. 1. *Gomez* 1. *resol.* 12. *num.* 38.

Utrum rem, an æstimationem] Igitur quod scriptum est in *d. l. planè* §. 1. si duorum testamentis mihi 5
eadem res legata sit, bis petere me posse, ut ex altero testamento rem consequar, ex altero æstimationem, id cum distinctione accipiendum est, ut si prius æstimationem ex altero consecutus sim, altero rem adhuc petere possum: non autem, ut possim de æstimatione agere, si rem anteà consecutus fuero: eoque iure utimur, *Grot.* 2. *manuduct.* 22. Non obstat huic distinctioni *l. huiusmodi* 84. §. 2. *de legat.* 1. ubi per exceptionem repelli dicitur, qui pretium rei legatæ accepit: nam in specie *d. l.* hæres Titius id duntaxat legasse intelligitur, quod ipse in re legata habuit, videlicet jus per biennium retinendi, ut eo legato nihil præter commodum repræsentationis contineatur. Rationem propositæ distinctionis suppeditat, *l. tantum* 88. *de verb. sign.* ubi docet Jurisconsultus, eum, qui rem habet, & æstimationem habere intelligi: contra qui æstimationem habet, non videri habere rem ipsam: re enim æstimationem contineri; æstimatione rem non contineri: ut proinde si is, qui rem habet, æstimationem petat, id petere intelligatur, quod jam habet: qui æstimationem adeptus est, si rem petat, id petere, quod non habet. Adhæc etiam affectio ad rem esse potest supra æstimationem. *l. si in emptionem* 35. *de minor.*

TEXTUS.

7. *Ea quoque res, quæ in rerum natura non est, rectè legatur, veluti fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit.*

NOTÆ.

1. EA QUOQUE RES, &c.] Ex Pomp. *l.* 24. *cod.* 1. Mæcian. *l.* 17. *eod.* 3. & pro puro hoc legatum habetur, quoad transmissionem, *l.* 25. §. 1. *quand. dies leg. l.* 99. *de cond. & dem.* pro conditionali, quoad obligationem, *l.* 5. *de trit. leg.* 1. §. *ult. de cond. & dem.*

COMMENTARIUS.

1. *Purúmne sit legatum, de quo hic agitur, an conditionale, & plenius n.* 2.

Qua

1 QUæ in rerum natura non sunt nec actu, nec potentia, frustra & inutiliter legantur, veluti si hippocentaurus legetur, aut homo, qui mortuus sit; quemadmodum & stipulatio harum rerum inutilis est, § 1 *inf. de inut. stip. fac. l. servus* 108. §. *qui quinque* 10. *de leg.* 1. Quod verò in rerum natura nunc quidem non est, sed futurum est; aut futurum speratur, legari potest, licet fieri possit, ut actu in rerum natura nunquam existat: veluti si fructus legentur, qui in fundo Tusculano nascentur; vel quod ex Arescusa natum erit, aut insula in flumine nascitura, *l. quod in rerum* 24. *in pr. d. leg.* 1. *l. etiam ea* 17. *de leg.* 3. *l.* 1. § *ult. de cond. & dem.* cujusmodi tamen rerum legatum olim per damnationem tantùm relinqui potuisse docet Gajus *lib.* 2. *inst. de leg.* §. 3. De eo quæritur, purúmne sit hujusmodi legatum, an conditionale. Dicendum est pro puro haberi, quoad transmissionem; pro conditionali, quoad obligationem: cum *Gloss. & DD. comm. ad l. cum illud* 25. §. 1. *quand dies leg. ced. Gomez* 1. *resp.* 12. *nu.* 24. quod mox perfectius intelligetur.

Fructus, qui in illo fundo] Ille casus huc non pertinet, quando quis simpliciter legat certam quantitatem frumenti, vini aut olei; quæ omninò præstanda est: sed quando legantur fructus; aut certa quantitas fructuum, qui nati erunt in hoc vel illo fundo; putà hoc modo, *fructus, qui nascentur in fundo Tusculano, hæres dato*, vel sic expressa certa quantitate, *centum amphoras vini ex eo, quod natum erit in fundo Sempronio, hæredem meum dare jubeo, d. l. quod in rerum* 24. *d. legat.* 1. *l.* 1. *de tritic. vin. leg.* Ex his autem legatis, si nihil natum sit, nihil debetur; si non tantùm, quantùm legatum, non amplius debetur, quàm quantùm natum est, proinde quasi testator per modum taxationis legasset, *si hoc vel tantum natum fuerit, d. l.* 5. *de tritic. leg. l.* 8. §. 2. *de legat.* 2. & hoc est, quod Pomponius significat; cùm ait inesse hujusmodi legatis conditionem, *l.* 1. §. *ult. de cond. & dem.* ex natura nimirum ipsius rei, *l. interdum* 73. *in pr. de verb. obl.* extrinsecus, non ex testamento venientem. Huiusmodi autem generis conditiones, cùm non impediant, quominus dies legati à morte testatoris cedat, mortuoque, licet nondum natis fructibus, legatario, spes legati transmittatur ad hæredem. *l. cum illud* 25. §. *ult. junct. l.* 6. §. 1. *quand. dies leg.* inde dictum est, tales conditiones non facere legata conditionalia, *l. conditiones* 99 *de cond. & dem.* quia nimirum præcipuus hic est legatorum conditionalium effectus, ut non transmittantur pendente conditione, *l.* 4. *l.* 5. *quand.* §. 2. *dies leg.* Non obstat *l. cum ita* 16. *eod. tit.* loquitur enim de legato alternativo, & tali specie, in qua duplex est dubium, & quid nascaturum, & quid hæres electurus sit: nondum autem edito partu electioni locus non est. Utique verò legatum futurorum fructuum, earumque rerum, quæ postea nascentur, pro conditionali hactenus habetur, ut nulla eo nomine obligatio aut actio esse intelligatur, antequam res natæ sint; & tunc demum actio incipiat, cùm per rerum naturam præstari possunt, *d. l. interdum* 73. *de verb. obl.* Obiter & illud hic monendus es, non pertinere huc legatum certæ quantitatis fructuum, etiamsi fundus adjectus sit non taxationis, sed demonstrationis causa, eoque casu integrum legatum deberi, etsi ex fundo adjecto tantum percipi non possit, *l. Lucius* 12. *de alim. leg. l. Paula* 27. § *ult. de legat.* 3.

TEXTUS.

8. *Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim sive disjunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum: si alter deficiat, quia aut præverit legatum, aut vivo testatore decesserit, vel alio quoque modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat,* Titio & Sejo hominem Stichum do, lego. *Disjunctim ita,* Titio hominem Stichum do, lego: Sejo hominem Stichum do, lego. *Sed & si expresserit* eundem hominem Stichum, *aquè disjunctim legatum intelligitur.*

NOTÆ.

8. SCINDITUR INTER EOS LEGATUM] Id est partes faciunt concursu, *l.* 3. *de usufr. accresc. l.* 80. *d. leg.* 3. *l.* 7. *C. eod.*

SI ALTER DEFICIAT, TOTUM AD COLLEGATAR.] Si plures sint vel conjuncti vel disjuncti, pars deficiens omnibus accrescit ex æquo. Si permixti conjuncti & disjuncti, coniuncti in parte conjunctorum cæteris anteferuntur, disjunctorum partes accrescunt omnibus, sic tamen, ut conjuncti unius personæ potestate fungantur, *l.* 34. *eod.* 1. *leg.* 89. *eod.* 3. *l. un.* §. 10. *C. de cad. toll.* Conjunctis autem accrescit cum onere, disjunctis sine onere, illis non nisi volentibus, his etiam invitis, *d. l. un.* 8. 11.

TITIO ET SEJO HOMINEM STICHUM DO, LEGO] Hi re & verbis conjuncti dicuntur, *l.* 142. *de verb. sig.* quod si testator adjecerit; *æquis partibus*, tum verbis conjuncti erunt duntaxat [illegible] *d. l.* 42.

d.l.142. d.l.89. inter quos tamen & ipsos juri accrescendi locus, ut evincit, *d.l.89.* nam jus prælationis, quod illic eis tribuitur, necessariò præsupponit jus accrescendi.

DISIUNCTIM] Separatim, pluribus orationibus. Sunt tamen & hi conjuncti respectu rei, ad quam vocantur: unde & re conjuncti dicuntur, triplex enim conjunctio est, *d.l.142. d.l.89.*

COMMENTARIUS.

1. *Quid sit jus accrescendi.*
2. *In hæreditatibus ad jus valere ex necessitate: unde ea necessitas, & qui eius effectus.*
3. *Deficientium hæredum portiones quibus pro qua parte accrescant.*
4. *Valere idem jus & in legatis, sed ex sola præsumpta voluntate testatoris: unde dissimilia effecta, & qua.*
5. *Vetus, inter genera legatorum circa ius accrescendi differentia.*
6. *Iuri accrescendi locum non esse, nisi inter coniunctos; & genera coniunctorum exposita.*
7. *Qui hic & passim disiuncti dicuntur, eos & ipsos verè coniunctos esse, & n.10.*
8. *Quibus pro qua parte defecta pars collegatarij accrescat.*
9. *Inter legatarios diversarum rerum ius accrescendi non esse.*
11. *Singulos, tam coniunctorum, quàm disiunctorum diversa consideratione, rectè & totum habere dici, & partes.*
12. *Quid sit partem ab initio facere, notato Gothofredo & Goveano.*
13. *Locus Vlpiani in l. planè §. si coniunctim de legat. 1. expositus, rejecta interpretatione Ant. Fabri.*
14. *An partem faciat qui è coniunctis tempore testamenti, mortuus est, aut incapax.*
15. *An coniuncti post obitum testatoris mortui portio coniuncto accrescat.*
16. *An inter verbis coniunctos jus accrescendi locum habeat.*
17. *Quibus argumentis probari videatur verbis coniunctos re conjunctos non esse: quibus item contra.*
18. *Communis sententia, quòd etiam inter verbis coniunctos ius accrescendi valeat, plenissima defensio.*
19. *Quid hic juris apud nos, & quid in legato alimentorum.*

TAngitur hic disputatio de jure accrescendi, qua nulla in toto jure nostro creditur esse vel subtilior, vel perplexior. Jus accrescendi est, quo deficientium hæredum ejusdem hæreditatis, aut collegatariorum ejusdem rei portiones, adjiciuntur ijs, qui suam portionem agnoverunt. Appellatione hæredum & bonorum possessores intelligimus, *l.3. §. ult. de bon. poss. iunct. l. hæreditatis* 138. *de reg. iur. & l.2. d. tit. de bon poss.* & eos quoque, quibus ex fideicommisso restituta est hæreditas, *l. Papin. 43. cum l. seq. §. 1. l. antepen. ad Trebell. l. si totam* 83. *de acq. hær. Gomez. 1. resol. 5. n.19.* Appellatione legatariorum etiam fideicommissarios singulares & donatarios mortis causa, *l. un. §. ult. C. de cad. toll.* Valet hoc jus in hæreditatibus ex necessitate. Necessitas 2
nascitur ex duobus juris principijs: unum hoc est, *Neminem hæreditatis sibi delatæ partem semel quæsitam repudiare posse, l.4. C. de rep. hær.* Alterum, *Neminem, eiusdem hæreditatis, quæ alium hæredem non habet, partem habere posse, partem repudiare, l.1. & l.2. de acq. hær. l. quidam* 20. *C. de iur. del. l. un. § his ita* 10. *C. de cad. toll.* Quin nec ipsum testatorem hoc jus in hæredibus prohibere posse demonstravimus sup. in *§. hæreditas 5. de hær. inst.* Si verò non prohibuerit, inter- 3
pretatione juris etiam quasi ex voluntate ejus inducitur tanquam ex tacita substitutione, *l. si Titio* 61 *§.1. de legat. 2. vid. Osbv. Hill. in not. ad Don. lib.7. c.12. & 26.* Ergo qui ex aliqua parte hæres extitit, sive ex testamentò sive ab intestato, ei invito etiam & ignoranti deficientium portiones accrescunt, *l. hæredi* 31. *l. qui ex duabus* 53. *§.1. de acq. hæred. l.9. de suis & leg. hæred. & accrescunt semper cum suo onere, aris scilicet alieni & legator. d.l. un. §. his ita C. de cad. toll.* Si plures sint, qui portionem suam agnoverunt, defectæ partes accrescunt omnibus, qui agnoverint, si omnes conjuncti aut disiuncti sint: sin promiscuè conjunctim disiunctimque instituti, aut ab intestato vocati, deficientis disiuncti portio omnibus, conjuncti solis conjunctis accrescit ex tacita voluntate testatoris aut legis. Accrescit verò singulis non ex æquo, sed pro portionibus hæreditarijs; & in distributione, si permistim, instituti sint disiuncti & conjuncti, placet conjunctos unius potestate personæ fungi, ut non plus universi auferant, quàm singuli disiuncti, *l. planè* 34. *in pr. de leg. 1. l. un. §. his ita* Eademque ratio est hæredum legitimorum, cùm alij coniunctim seu nomine collectivo, alij separatim vocantur: quod fit, cùm quidam in stirpes, alij in capita veniunt; ut filij & nepotes, *§. cum filius 6. inf. de hær. quæ ab int.* fratres & fra- 4
trum filij, *Nov.118. §.3.* Valet idem jus & in legatis inter collegatarios eiusdem rei; verùm effectu nonnihil dissimili: namque in legatis locum habet non ex necessitate aliqua aut dispositione juris, sed ex sola præsumpta voluntate testatoris eandem rem pluribus legantis: quippe quos singulos partem quidem habere velle intelligitur, &

legatum

legatum scindi, si concurrant: si verò non concurrant solidum, postposito hærede. Proinde & inter collegatarios ejusdem rei prohiberi accretio potest, etsi singulis res singulæ relictę sunt; uno deficiente, portio eius non accrescit collegatariis, sed in hereditate manet, augetque jus hæredis, cui & ab initio relinqui potuisset, *l. huiusmodi* 84. § *pen. de leg.* 1. Deinde cùm deficientis hæredis portionem cohæres etiam invitus & cum onere semper accipiat, collegatarius ut plurimum nec invitus, nec semper cum onere partem accipit deficientis collegatarij. In quo hæc distinctio Justiniano probata videtur, ut siquidem coniunctim eadem res duobus legata est, portio deficiens volenti tantùm, sed cum onere accrescat; si separatim, invito quidem, sed sine onere, *l. un. §. ubi* 11. *C. de cap. toll.* Ratio est, quia cùm conjuncto ex persona deficientis portio defecta deferatur, potest eam non admittere; quoniam deficiens potuit: ea autem admissa etiam onus ei adiunctum subire debet, *arg. l qui in jus de reg. jur.* Utrumque contra in disiuncto, quia ex sua ipsius persona solidum habet, suumque magis non diminutum retinet, quàm consequitur alienum, ut huic potiùs non decrescere, quàm portio deficientis accrescere videatur; sic enim Justinianus disputat in *d l. un. §. ubi vers. sin. vero,* & facit, *l. 4. de leg. 2. add. Gomez 1. resol. 10. nu. 42. Bart. & comm. DD. in d l. un. & in l. re con-*
5 *iuncti* 89 *de leg. 3. Duar. 1. de jur. accresc.* 11. Jure veteri fuit in hac quæstione nonnulla in legatis ipsis differentia: nam si conjunctim eadem res per vendicationem legata fuerat, pars deficiens accrescebat; si per damnationem, manebat penes hæredem: at utroque casu post legem Juliam Papiam fiebat caduca. Si disiunctim singulis solidum debebatur, sed in legato vendicationis concursu partes fiebant, & altero non concurrente eorum collegatarius auferebat, sive jure accrescendi sive non decrescendi: in legato damnationis unus rem, alter pretium rei ab hærede percipiebat, ut in hoc genere legati nullo casu locus pateret juri accrescendi: testes *Vlp. tit. 24 Gaius lib. 2. tit. 5.* atque ex parte Justinianus *d. l. un. §. ult.* Hæc differentia etsi novo jure unà cum caducis sublata est, & jus accrescendi admissum inter omnes, quibus eadem res quocunque genere legati & quocunque modo relicta; ideo tamen notãda fuit, quia passim vestigia ejus adhuc apparent in responsis veterum, quæ non satis accuratè ad normam novi juris à Compilatoribus descripta
6 sunt: quod est maximè, quod hanc quęstionem tam perplexam facit. Portiò autem cùm non nisi inter conjunctos (nam & disiuncti qui dicuntur, ratione rei coniuncti sunt) locus sit juri accrescendi, nec olim etiam fuerit, inde nata quæstio de coniunctis eorumque differentia, quem locum tractat, *Paul. l. triplici* 142. *de verb. sign. & l. re conjuncti* 89. *de leg. 3.* ex cuius disputatione discimus, coniunctos generaliter dici omnes, qui ad eandem hæreditatem aut rem vocantur, sive uno sermone sive diversis; & in proposito quibus eadē res abeodem testatore legata 7
est. Cæterùm hos solos, non alios, ac proinde nec eos, quibus res diversæ, quamvis una oratione *l. huiusmodi* 84. § *pen. de leg.* 1. nec quibus res eadem à diversis testatoribus, *l. si sub conditione* 16. *quib. mod. usufr. am.* nec quibus separatim partes eiusdem rei legatæ sunt, *l. 1. in fin. pr. de usufr. accresc.* jus coniunctionis aut accrescendi habere. Cæterùm licet coniuncti omnes coniuncti sint in eandem rem, ex verborum tamen forma & conceptione dividuntur *d. l. triplici & d. l. re coniuncti*, in tres species, ut alij dicantur re coniuncti tantùm, quorum scilicet singuli separatim, seu diversis orationibus ad eandem hæreditatem aut rem vocantur, ut, *Titius hæres esto: Seius hæres esto. Titio fundum Tusculanum do, lego: Seio fundum Tusculanum,* aut *eundem fundum do, lego,* alij re & verbis simul, quos scilicet & nominum & rei complexus jungit, ut, *Titius & Seius hæredes sunto Titio & Seio fundum Tusculanum do, lego:* alii denique verbis tantùm, qui eadem oratione ad eandem successionem aut rem vocantur additis his verbis, *aquis partibus*; veluti, *Titius & Seius hæredes sunto aquis partibus. Titio & Seio fundum illum aquis partibus do, lego.* Hæc divisio primum eo comparata est, ut intelligamus in omni specie harum conjunctionum jus accrescendi valere: nam ubi jus coniunctionis est, ibi jus est accrescendi, & contra, *l. si sub conditione* 16. *quib. mod. us. am.* nec disputatio de coniunctis ob alium finem instituta est, quàm ut sciremus, inter eos, qui coniuncti sunt, jus accrescendi esse, inter alios non esse; quamvis sint, qui verbis coniunctos excludant, de quo plenius postea. Deinde ex ea quoque discimus, omnes coniunctos non æquè coniunctos esse, sed alios aliis coniunctiores: & nimirum eos, quos etiam oratio coniungit, magis coniunctos, quàm quos coniungit res tantùm, oratio separat; unde est, quòd hi cum illis comparati disiuncti passim appellantur, illi soli coniuncti, *l. plane* 34. *in pr. de legat. 1. l. haredes* 63. *de her. inst. l. un. §. 10. & seq. C. de cad. toll.* & apud *Vlp. & Gai.* estque arctioris huius coniunctionis effectus insignis in eo, quod utroque modo coniuncti in portione deficientis potiores habeantur, & oratione separatos excludant, *d. l. re coniuncti de legat. 3. d. l. si haredes de her. inst. d. l. un. §. hic ita vers. sin. vero,* ubi etiam huius rei ratio affertur. Planè, si testator plures unà oratione comprehenderit, non eo animo, ut eos coniungeret, quod ple-

rumque fit, sed brevitatis studio celerius loquens, deque eo constet, tum si quis ex his defecerit, cæteri non plus in huius portione juris habebunt, quàm alij, qui apertè oratione sejuncti sunt, *l. si quis 66. de her. inst.* Quicquid autem & hic accrescit, nulli 8
accrescit, nisi qui portionem suam agnovit: si plures agnoverint, singulis accrescit pro virilibus & æquis portionibus, quemadmodum & ab initio omnibus in casum concursus æquè & viriles partes datæ intelliguntur, *d. l. un. §. ubi autem l. legata* 19. *§. ult. l. servum* 67. *§.* 1. *de leg* 1 Si conjuncti & disiuncti commixti sint, conjuncti in divisione unius personę vicem sustinent, nihilo plus ut accipiant omnes, quàm unus ex disiunctis, *l. planè* 34 *in pr. d. tit. d. l. un. §. his ita.* Exempla jam sibi quisque sine negotio formare poterit. In accretione usufructus quędam sunt peculiaria, quæ à nobis notata sunt sub *§. ult. sup. de usufr.* Attigi strictim pleraque omnia, quæ in hac materia visa sunt cognitu maximè necessaria, quibusque perceptis res tota utcunq; intelligi, & de plerisque controversiis judicari poterit; nonnulla etiam latius declarabo inferius.

9 *Eadem res*] Quod obiter antèa tetigimus, hic prolixiùs explicandum est, nimirum non esse jus accrescendi, nisi ad eandem rem plures vocati sint, aut quemadmodum hic dicitur, nisi eadem res pluribus legata sit: inter diversarum rerum legatarios non esse, sive singulis legetur separatim, puta hoc modo, *Titio Stichum do, lego: Mævio Pamphilum do, lego*, sive etiam una oratione conjunctim, ut, *Titio & Mævio singulos servos do, lego, l. huiusmodi* 84. *§. pen. de leg.* 1 Sed etsi singulis partes eiusdem rei legatas proponas hoc pacto, *Mævio fundi illius partem dimidiam, Seio partem dimidiam do, lego*, non intelligitur res eadem legata, sed altera atque altera, & diversæ singulis; ac proinde cessat jus accrescendi, unoq; deficiente pars eius non ad collegatarium, sed ad hæredem pertinet, *l. 1. in fin. pr. de usufr. accr.* Non enim quia partes istæ indivisæ sunt & inter se confusæ, eo minus sunt divisæ, quarum una sit unius, altera alterius, *l. 5. de stip. serv.* Neque obstat, quod ex duobus hæredibus, quorum unus institutus sit ex parte dimidia, alter ex altera dimidia, uno deficiente pars eius accrescit alteri, qui ex sua parte hæres extitit: quoniam conditio hæreditatis non patitur, ut qui solus sit hæres, eiusdem hæreditatis partem habere possit, partem non habere, *l. 1. l. 2. de acq. her. l. un. §. his ita C. de cad. toll.* At nihil prohibet eiusdem fundi partem dimidiam alicui legari, ut altera dimidia remaneat apud hęredē. Illud frustrà objicitur, quod nemini concessum est eiusdem rei sibi legatæ partē velle, partem nolle, *l. 4 de leg.* 2. Nam in proposito non pars tantùm singulis legata sit, qui partem suam agnoscit, totum quod sibi legatum est, agnoscit: quod si partem tantùm partis suæ amplecti vellet, & reliquum repudiare, hic ei obstaret juris ista ratio. Sed etsi duobus res eadem & solida conjunctim legata sit, potest nihilominus deficientis portio repudiari, *d. l. un. §. ubi autem* 11. Hoc igitur ratum sit, necesse esse, ut iis, inter quos jus accrescendi esse volumus, una atque eadem res legata sit, & quidem solida singulis: hoc enim est, quod Ulpianus ex Celsi sententia refert, toties esse jus accrescendi, quoties ex duobus, qui in solidum habuerunt, concursu res divisa est, *l. 3. in pr. de usuf. accr.*

Sive conjunctim sive disiunctim] Coniunctim legari dicitur, quando una oratione una eademque res pluribus legatur. Disiunctim seu separatim, quando singulis orationibus singuli ad eandem rem vocantur, ubi hic sint plures enuntiationes, illic una copulata, *d. l. un. § his ita & §. seq l.* 1. *§. 3. de usuf. accr. l. si pluribus* 33. *de leg.* 1. indeq; est, quod alii coniuncti, alii disiuncti passim dicuntur. Cæterùm coniunctio hæc & disiunctio ex verbis potius, quàm ex re æstimatur, cuius respectu omnes coniuncti sunt, 10
quibus res eadem legata, licet disiunctim: & hi sunt, qui in specie re coniuncti appellantur, *l. triplici* 142. *de verb. sign. l. re coniuncti* 89. *de leg.* 3. quod & supra notatum est, & simul observatæ nonnullæ inter hæc genera differentiæ, cùm de onere partis accrescentis quæritur, itemque de prærogativa & partibus faciendi, cùm permixti sunt.

Scinditur inter eos legatum] Hoc alibi sic dicitur, *concursu partes faciunt*, aut *concursu partes habent, l. 3. de usuf. accr. l. planè* 34. *§. sed si* 10. *de leg.* 1. *l. coniunctim* 80. *de leg.* 3. *l.* 7. 6. *d. legat.* Estque hoc certissimum argumentum in utroque hoc genere legari, hoc est, sive coniunctim, sive disiunctim eadem res duobus legata sit, non partes ab initio factas; sed solidum singulis relictum intelligi. Quod tamen cum dicimus, non hoc significamus, singulos simpliciter habere solidum, aut unumquemq; solidum petere posse, non exspectato casu, quo alter deficiat, aut alterum rem, alterum æstimationem consequi; quod olim in una specie legati per damnationem inter disiunctos obtinebat, hodie non obtinet, nisi manifestissimum sit ex scriptura, testatorem solidum ad utrumque pervenire voluisse, *l. un. §. ubi autem C. de cad. toll. l. si pluribus* 33. *de legat.* 1. quo in loco valdè conspicua sunt emblemata Triboniani: sed habere solidum considerato eventu alterius deficientis, idque ex voluntate testatoris. Omninò enim credibile est testatorem ad 11
hunc eventum respexisse, atque ideo re coniunxisse singulos, seu singulis eandem rem legasse, ut altero deficiente alter in solidum eam haberet, cum

cùm absque eo foret, ut pars deficientis rediret ad hæredem. Contrario autem respectu, si nimium considerabimus casum utriusque concurrentis, partes habere rectè dicuntur; easque etiam in hunc eventum habent ex voluntate testatoris; quæ hic manifesta est, cùm utroque concurrente, quod utique futurum speravit testator, totum singuli habere non possint. Licet autem diversa consideratione & totum & partes singuli habere videantur: tamen totum habere passim dicuntur ad differentiam eorum, qui simpliciter & omnimodo partes habent, nec eas demum concursu faciunt; quales sunt, quibus partes tantùm ab initio assignatæ. Cæterùm quod tam coniunctos quàm disiunctos solidum ab initio habere dicimus, id non caret omni scrupulo. Nam contra Ulpianus *d. l. planè § si coniunctim 9. de leg. 1.* expressè scribit, si coniunctim res legetur, partes ab initio fieri; nec solùm partem facere eos, in quo-
12 rum persona constitit legatum, verùm eos quoque, quorum in persona non constitit. Hunc locum obstare non putant, qui non intelligunt, quid sit partem ab initio facere. Quod tamen minimè obscurum est. D. Gothofredus in notis, ad *d. § si coniunctim*, scribit *partem facere, non quorum persona in divisione partem accipiunt, sed cùm eius, qui deficit aut incapax est, pars coniuncto accrescit*, contra manifestam d. §. sententiam & perpetuum usum juris auctorum, quibus partem facere, est facere, ut quis partem tantùm habeat in eo, quod totum habiturus esset, si solus esset; aut impedire, ne totum ad alterũ pertineat, ut constat ex *l. 8. §. quoniam 8. l. qui repudiantis 17. de inoff. test. l. 7 de reb. dub. l. huiusmodi 84. §. si Titio 8. de legat. 1. cum simil.* Et igitur perspicuè etiam errat Goveanus, qui *lib. de jur. accr. n. 6. & 7.* scribit, eos, qui partes faciunt ab initio, partes non habere. Ut autem jus accrescendi excludatur, necesse esse partes ab initio habere legatarios. Facere autem ab initio partes eo dici, non quia pro parte ab utroque legatum vindicetur: sed quia utroq; solùm vindicãtes res inter eos scinditur. Tot errores, & errores conspicui, quod penè dixerim verba. Nã primò qui partes ab initio non habent, in his dici nõ potest partes ab initio fieri, sed tantùm concursu quæ perpetuo inter se opponuntur. Deinde quid aliud est, partes habere ab initio, quàm partes ab initio fieri? utroque enim significatur alterum hoc casu solidum habere nunquam posse, seu quod idem est, juri accrescendi non esse locum: & quamvis qui partem facere dicitur, non concurrat, aut cõcurrere non possit, certissimo tamen jure perinde habetur, ac si concurrisset suamq; partem abstulisset. Confundit Goveanus & pro iisdem habet, sive dicas partes ab initio fieri, sive partes fieri concursu, quod in tanto viro vix ferre possum postremò illud quoque falsum est, posse in concursu vel singulo coniunctos solidum vindicare, vel unum eorum, quamdiu alter adhuc concurrere potest. Non enim amplius vindicare licet, quàm relatum est: at in eventum, quo uterque concurrit, singulis non solidum, sed partes relictæ intelliguntur, quod pluribus confirmat *Ant. Faber decad. 49 err. 9.* Quamobrem mi- 13
ror D. Svvanenburgium locum hunc Goveani notatu tam dignum existimasse, ut eum integrum verbis Goveani descripserit *cap. 8. tract. de jur. accresc.* Quid ergo respondemus ad d. locum Ulpiani in *l planè § si coniunctim de legat. 1.* ubi tam disertè Jurisconsultus ait *coniunctis partes ab initio fieri?* Ant. Faber id, quod generaliter Jurisconsultus definit de coniunctis, restringit ad verbis coniunctos tantùm, qui effectu ne coniuncti quidem, si Fabro credimus, in hac disputatione habeantur. Sed perperam, meo quidem judicio. Rectius autem locus ille referetur ad legata per damnationem, aut potius ad legem Juliam Papiam & jus caducorum; ut adeò dicamus, ne iis ibi agi, qui vel ante mortem testatoris vel ante apertas tabulas defecerunt, quibus quod adscriptum erat, caducum fiebat, ut in favorem fisci hi partes facerent, quæ alioqui vel in hæreditate mansissent; vel accrevissent coniuncto: nam ex lege Julia Papia coniunctis nihil accrescebat; nisi post diem legati cedentem (cedebat autem demum ab apertura tabularum) legatarius decessisset, aut tempore facti testamenti non fuisset in rerum natura, cui quod relictum erat, pro non scripto habebatur, *leg. unic. §. 1. & seqq. Cod. de cad. toll.* Eodem referendum, atque eodem modo explicandum: quod est in *leg. huiusmodi 84. §. si à Titio 8 de legat. 1.* Planè illud concedo, disiunctis apertius atque expressius solidum ab initio assignari, quàm coniunctis, utpotè quibus ipsa coniunctione quodammodo partes attribui videantur: quod consideravit Justinianus *d. leg. un. §. ubi autem*, sed tamen nec disiunctis solidum simpliciter datum dici potest: alioqui non concursu res divideretur: sed alter rem, alter æstimationem consequi deberet.

Si alter aeficiat] Non potest dici deficere, in cuius persona legatum nunquam constitit: veluti si quid ei datum sit, qui quo tempore testamentum condebatur, in rebus humanis non erat, putà diem suum functus, cùm id testator ignoraret; aut ei, quicum testamenti factio non est, sive incapaci, putà deportato aut peregrino. An igitur si alter è coniunctis aut testamenti tempore jam mortuus sit, aut capere ex testamento nequeat, partem alteri faciet, an totum ad alterum pertinebit?

Et cum quidem, qui tempore testamenti non fuit in rerum natura, partem nec olim fecisse testatur Justinian. *d.l.un.§.3.C. de cad.toll.* Puto autē & quod ei, qui capere non poterat, conjunctim cum alio relictum erat, in eadem causa fuisse, ut & hoc coniuncto totum cederet, quoniam æquè quàm illud pro non scripto habebatur, *arg.l.1.C. de her.inst.* quod tamen non aliter processisse, quàm si alter simpliciter & omninò incapax fuerat, evincitur ex verbis *d.l. planè § si conjunctim de legat. 1.* ubi Jurisconsultus ait etiam servum proprium, cui sine libertate quid legatum est, quamvis id in persona servi non consistat, conjuncto partem facere, innuens, ut paulò antè hoc interpretati sumus, in fisci favorem partem eius ex lege Julia Papia caducam fieri.

Aut spreverit legatum] Post legem Juliam Papiam si eadem res duobus coniunctim legata erat, etiam partem repudiantis caducam factam colligitur ex loco Ulpiani *in fragm. tit. 24.§.11.& seq.* ubi scribit, partem non concurrentis coniuncti, quæ in legato vindicationis jure civili accrescebat, in legato damnationis in hæreditate remanebat, ex lege Papia caducam fieri: nunc autem certum est in utroque genere legati accrescere, atque hactenus etiam conjunctos & disiunctos esse pares.

Vivo testatore decesserit, vel alio quoque modo] Ad illius quoque partem lex Papia pertinebat, qui è coniunctis vivo testatore decesserat, vel quolibet alio modo defecerat, putà damnatione in metallum aut deportatione, uti ex d. loco Ulpiani manifestum est: idque quòd huic relictum erat, dicebatur esse in causa caduci, *d.l.un.§.2. C. de cad.toll.* sed nunc certo jure conjunctis in eandem rem accrescit sine discrimine generis legati aut modi legandi: *d.l.un.§.4.§.10. & seq.* Verum quid si unus decesserit testatore jam mortuo? Ego existimo, hoc casu nihil conjuncto accrescere, sive legem Papiam spectes, sive jus novum Justiniani. Nam aut ante apertas tabulas decessit, & pars eius ex lege fit caduca; aut post aperturam tabularum, ex quo legati dies ex lege cedit, & hic quidem quod ei adscriptum est; non fit caducum, jam enim ei deberi cœpit: cæterum nec accrescit collegatario, sed ad hęredem deficientis transmittitur, qui effectus est cessionis diei in legatis & fideicommissis, *l.5.& pass quand. dies leg. eod.* & textus est in *l.4. in fin. pr. de alim. leg.* Ex constitutione autem Justiniani, cui placuit diem legatorum statim cedere à morte testatoris, effectum est, ut idem juris nunc sit etiam in parte decedentis ante aperturam tabularum, ut scilicet nec ea caduca fiat, nec tamē accrescat collegatario, sed ad hæredem similiter transmittatur, quemadmodum si solus esset, totum transmitteret, *per d. l. un. §. in novissimo.* Non frustra igitur dixit, vivo testatore.

Totum ad collegatarium pertinet] Si plures sint, omnes autem vel coniuncti tantùm, vel tantùm disiuncti, pars deficientis accrescit omnibus ex æquo: si permixti coniuncti & disiuncti, coniuncti in parte coniunctorum cæteris anteferuntur, disjunctorum partes accrescunt omnibus, sic ut in divisione omnes coniuncti pro una persona habeantur, *d.l plane in pr. de leg. 1. l. re coniuncti 89. de legat. 3. d.l. un §. his ita C. de cad. toll.* Quòd autem coniunctis accrescit, accrescit cum onere, quod disiunctis, sine onere, *d. leg. un. §. ubi autem sub fin.* de quibus etiam dictum superius.

Titio & Seio hominem Stichum do, lego] Quòd in his, quibus quid coniunctim legatur, Justinianus solum utitur exemplo, re & verbi coniunctorum, id inter alia multos movet, ut negent, inter verbis tantùm coniunctos esse jus accrescendi: quo in numero sunt *Govean. n. 26. Hotom. 6. obs. 12. Ant. Fab. 6. conj. 1. & dec. 49. err. 4. D. Suvanemb. de iur. accres. cap. 8.* Sed sanè hoc argumentum perexiguum ad illud probandum pondus habet. Nam ut taceam, quo nihil certius & notius est, exemplis neminem uti solere ad restringendam regulam, nulla hoc loco est conjunctorum inter se oppositio, sed coniunctorum, id est, eorum omnium, quibus res eadem legatur una oratione, & disiunctorum, quibus quid legatur orationibus diversis, ut licet in exemplo proposito Titius & Seius sint re & verbis coniuncti, tamen ut tales hic non considerentur, sed ut, coniuncti simpliciter: ac proinde hic locus potius contrariam sententiam juvat, quæ etiam in sola verbali cōiunctione jure accrescendi locum tribuit. Sed tamen utra sententia verior sit, operæ pretium est penitus inquirere. Illud pro confesso habendum atq; omninò retinendū est, nullos esse coniunctos, ad quos quidem jus accrescendi pertineat, nisi qui re sint conjuncti sive quibus relicta eadem res. Proinde neque ij, quibus res diversæ relictę sunt, quamvis una oratione, pro coniunctis hic habentur, veluti si ita dixerit testator, *Titio & Mævio singulos servos do, lego:* utut verbis conjungantur, *l. huiusmodi 84. §. pen. de leg. 1.* neq; ulla, id est, ne rei quidem coniunctio esse intelligitur, ubi partes tantùm eiusdem rei singulis simpliciter datæ; ut proinde hoc etiam casu sine dubio jus accrescendi cesset, *l. 2. in fin pr. l pen. de usu accres.* Hinc jam de quæstione proposita judicandum est. Nam si verbis tantùm coniuncti qui dicuntur in distinctione generum coniunctorum, non sint simul re coniuncti, ex superiore definitione jus accrescendi ad eos non pertinebit: contra pertinebit, si iidem re quoque coniuncti sunt: ut ecce

in

in hoc exemplo; *Titio & Seio fundum Tusculanum æquis partibus do, lego*, constat Titium & Seium verbis conjunctos esse & appellari: sed jus accrescendi inter eos verborum conjunctio parere non potest, si non etiam accedat conjunctio ipsius rei. Non esse re conjunctos, ipsa appellatio statim à principio indicare videtur. Dicuntur enim verbis tantùm conjuncti, *l. triplici. de verb. sign.* item verbis conjuncti, non etiam re, *l. re coniuncti, de leg.* 3. Idem videtur ostendere expressio partium singulis attributarum: nam ut hæ partes indivisæ sint, sunt tamen diversæ, ut dici non possint re conjuncti, aut singulis relicta eadem res. Denique non est realis conjunctio, nisi inter eos, qui solidum ex judicio defuncti habent: verbis autem conjuncti non solidum, sed partes habent, easque expressas verbis testatoris, ut proinde & partes ab initio facere, *l. plane* 34. *§. si conjunctim* 9. *de legat.* 1. & semper partes habere dicantur, *l. re coniuncti, de leg* 3. Sed his non obstantibus verius existimo, verbis conjunctos, quos hic vocamus, etiam re conjunctos esse. Etenim qui sic legat, *Titio & Seio fundum Tusculanum do, lego ex æquis partibus*, is utique utrumque conjungit in eandem rem, dum simul & semel eundem fundum ambobus legat. Nec mutat hanc conjunctionem partium æqualium expressio: nam etsi hæ partes non exprimuntur, tacitè tamen significantur enumeratione personarum. *l. cui fundus* 56. *de cond. & dem.* Quæ autem non expressa intelliguntur tamen, si exprimantur, pro supervacuis habentur, *l. Cornelius* 69. *de hær. inst.* ut omninò verum sit, quod Baro ait, non aliter differre verbis conjunctos à conjunctis re & verbis, quàm quod in illis partes æquæ exprimantur, in his non item; judicio autem defuncti pari jure censeri, *arg l.* 16. *in fin. de legat. 1.* Sed cur igitur dicuntur verbis tantùm conjuncti, conjuncti verbis, non re? Non quia verè verbis tantùm conjuncti sunt, re planè disiuncti: sed quia tales videntur in comparatione cum re & verbis conjunctorum, inspecta forma & conceptione verborum, quæ sola hęc genera separat, & adscriptis æquis partibus in verbis conjunctis, qui dicuntur, res diversas facere videtur, quod tamen non ita est, si rem ipsam spectamus & sententiam testatoris, cujus judicio cùm pariter ad eandem rem vocentur, pariter pro re & verbis conjuncti habendi sunt. Ex quo porrò sequitur, si re & verbis conjuncti solidum ab initio ex voluntate testatoris habere intelliguntur, & solidum habere eodem modo intelligi singulos verbis conjunctorum: idque adeo verissimum esse ostendit *l. coniunctim* 80. *de legat. 3.* ubi Celsus scribit, conjunctim legare, esse *tota legata singulis dare, partes autem concursu fieri*, Quæ definitio cum generalis sit, dubitandum non est eam ad verbis quoque conjunctos pertinere, & quod expressè partium in hac conjunctione testator meminit, id ex mente eius sic à prudentibus acceptum, non quòd duobus, verbi gratia, ita cõiunctis, simpliciter velit singulos partes adscriptas atq; in omnem eventum habere, etiamsi non concurrant: sed quod cùm sciret, si concurrerent ambo, quòd & futurum speravit, singulos totum habere non posse, istis verbis demonstrare voluerit, quid in hunc eventũ singuli habituri essent. At si unus deficiat, etiam in verbali coniunctione sic mentem testatoris acceptã, quasi in hunc casum alterum solidum habere voluerit, nec ob aliam causam ad eandem rem utrumq; vocaverit, quàm quod eam rem vel alterum eorũ magis habere voluit, quàm hęredem suum. Sed inquis, verbis conjuncti dicuntur semper partes habere, *d. l. re coniuncti.* Ergo omni casu habent, & ab initio & ex postfacto. Respondeo, id quoque dici ex comparatione re & verbis conjunctorum. Nimirum Jurisconsultus eo loco docendi gratia distinguit verbis conjunctos à coniunctis re & verbis simul, non ex eo, quod re ipsa est, sed ex eo, quod videtur; quia verbis coniuncti partes habent externa forma verborum; re & verbis coniuncti non habent. Neque alia ratione hæc genera secerni possunt. Quod verò apud Ulpianum scriptum est, si coniunctim res legetur, partes *ab initio* fieri; *d. l plane, §. si coniunctim, de legat.* 1. id tam ad verbis & re simul coniunctos pertinet, quàm ad coniunctos verbis tantùm: ac proinde locus iste vel ad legatum damnationis referendus est, vel ad legem Juliam Papiam & jus caducarium; uti & *l. huiusmodi, § si à Titio, eod. tit.* In *l.* 7. *de leg.* 2. apertè Jurisconsultus loquitur de legato damnationis: eodemque pertinere principiũ *l.* 16. *de leg.* 1, arguit eiusdem *l. §. ult.* Concludendum igitur est, etiã inter verbis coniunctos jus accrescendi locum habere: quippe cui toties locus est, quoties res eadem duobus in solidũ legata est, sic ut partes concursu habeant, sive eas habeant ex volũtate testatoris expressa, sive ex tacita, *l* 3 *de usufr. accr.* Atq; hæc communis est sententia, probata quoque Duareno *lib.* 1. *de iur. accr. cap.* 10. Baroni *in comm. ad hunc §.* Donello 7. *comm.* 13. *&* 8. *comm.* 21. *Gœd. ad l. triplici, de verb. sign. nu.* 12. Confirmatur hæc sententia primùm aperto textu *l.* 16. *§. ult. de leg.* 1. ubi non solùm qui re & verbis coniunctus est, sed etiam cui virilis portio data, id est, coniunctus verbis tantùm *arg. d. l. triplici.* Non concurrente altero totum vindicare dicitur. Deinde ex eo, quòd verbis coniunctus etiam portior dicitur esse in hoc jure, quàm is, qui re tantùm coniunctus est, *d. l. re coniuncto, de legat.* 3. siquidem jus prælationis neces-

17

13

sario prę supponit jus accrescendi & coniunctionem realem: & præposterum est, quod Ant. Faber. *dec. 49. err. 8. 9.* respondet, verbis coniunctos, licet per se re disiuncti sint, ex accidenti tamen & postfacto etiam re coniunctos fieri concurrente tertio aliquo, qui illis re coniungatur: nam conjunctionem non concursus efficit, sed dispositio testatoris ad eandem rem plures vocantis, ut necesse sit, eos, quos in parte deficientis concurrere, aut aliis præferri volumus, considerari ut ab initio sententia testatoris coniunctos. Nihil pro sententia Fabri facit, quod à Javoleno responsum est, in hac specie, si testator Mævio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam, & eundem fundum Titio legaverit, Seio deficiente, partem eius pro portione legati nō Mævio solùm, sed etiam Titio accrescere *l. Mævio 41. in pr. de leg. 2.* Nam Mævius & Seius in hac specie verbis conjuncti non sunt, sed conjuncti re tantùm, verbis inter se separati. Quod ipse Jurisconsultus expressè testatur. Ait enim, separatim & partes fundi & totum legatum esse: apparetque, legatum hoc sic à Jurisconsulto acceptum ex sententia testatoris, quasi Mævius & Seius sint in unam dimidiam inter se coniuncti: Titius autem cum his in eandem dimidiam, qui cui totus fundus legatus est, ei utique & eadem dimidia legata intelligitur, cùm verbo totius ambæ dimidiæ ei legatæ sint: similiter ut in usufructu coniunctos esse dicimus, quorū uni fundus, alteri ususfructus eiusdem fundi legatus est, *l. si alij 19. de usuf. leg.* quod plenius & eleganter explicat Don. in *epist. ad Alber. Gentil.* inserta opusculis Donelli posthumis. Postremò cum nullus alius coniunctionis in hac quæstione sit effectus, quàm ut jus accrescendi coniunctus habeat, cur si verbis coniuncti ab hoc iure removendi sunt, coniunctos tamen eos, non disiunctos, appellamus? Non obstat communi sententiæ, quod Celsus *l. & Proculus 20. de leg. 2.* respondit, servo communi quod legatū est, id si alter dominorū omitteret, alteri non accrescere. Nulla enim omninò in tali legato coniunctio est, ut ipsa textus verba evincunt: & ratio est, quia partes dominicæ semper pro inæqualibus habentur, fortuitumq; est, quod æquales singuli habeant. At verò non est jus coniunctionis nisi inter eos, quos testator in eandem rem coniunxit æqualiter. Magis obstare videtur, *l pen. de usufr. accr.* ubi minimè obscurè Papinianus pronuntiat, re separatos videri, quibus eadem res æquis portionibus relicta est. Loquitur quidem de usufructu eiusdem rei æquis portionibus legato: sed vel magis idem obtinere debet in simili casu legata proprietate: utpote quæ difficilius accrescit, quàm ususfructus, *l. 1. §. 3. d. tit.* Sed bene mihi videtur respondere Donellus, id quod in *d. l pen.* dicitur de æquis portionibus, accipiendum esse non de portionibus rei, cuius ususfructus relictus est, sed de portionibus singulorū hæredum, à quibus relictus est; quam interpretationem & initium *d. l. pen.* juvat, & planè confirmat ratio reddita ab Ulpiano in fragmento sequenti in hæc verba, *cum alius, alio hærede usumfructum vendicet.* Benè autem Papinian. negat, in huiusmodi specie legatarios in eandem rem coniungi, cùm partes hæreditariæ prius divisæ sint. Bachovius *d. l. pen.* accipit de eo casu, quo dimidia singulis separatim seu diversis orationibus relicta est: sed hoc verbis Papiniani minimè cōvenit In hæreditate huic quæstioni non est locus: quippe in qua, ut initio monuimus, jus accrescendi ex dispositione juris proficiscitur, quod neminem eiusdem hæreditatis, quæ alium hæredem nō habeat, partem habere, partem repudiare permittit; & ideo portio occupata necessariò vacantem ad se trahit: quanquam illud etiam in hæreditate quæri potest ex pluribus diversi generis conjunctis quis cui præferatur. Reliqua per se quisq; nunc facilè expediet: plura tamen qui desiderabit, adire poterit *DD. in d. l. re conjuncti Gomez 1 resol. 10. Graff §. jus accrescendi. Ant. Fab. decis. 49. & 50 Christin. vol. 1. decis. 312. & seqq.* & qui propriis tractantibus hanc materiā explicarunt, *Duar. Govean. Ant. Fumæum. Io. Suev. Com. Svvanenb.* D. Grotius *lib. 2. manuduct. 23.* scribit, apud nos in toto hoc ar- 19
gumento non usque adeò subtilitatem juris civilis attendi, sed eius præcipuè rationem haberi, quod proprius abesse videtur à sententia & mente testatoris: idque æstimari non ex verbis tantùm & rei pretio; verùm etiam ex conditione & qualitate personæ tum testatoris tum legatariorum. In legatis alimentorum, ut hoc obiter addam, juri accrescendi non est locus, *l. 57. §. ult. de usufr l. 16. §. 2. de alim. leg.* nimirum quemadmodum in agris limitatis cessat jus alluvionis, *l. 16. de acq. rer. dem.* quod comparatur cum jure accrescendi, *l. 33. in fin. de usufr.* ita & in usufructu limitatio ad finem alimentorum jus accrescendi cessare placuit; ut rectè Cujac.

TEXTUS.

9. *Si cui fundus alienus legatus sit, & emerit proprietatē deducto usufructu, & ususfructus ad eum pervenerit, & postea ex testamento agat, rectè eum agere & fundum petere Iulianus ait: quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet: sed officio judicis continetur, ut deducto usufructu jubeat æstimationem præstari.*

Nota.

NOTÆ.

9. SI CUI FUNDUS] Ex Juliano *l.* 82. §. 2. *de legat.* 1.

USUSFRUCTUS AD EUM PERVENERIT] Ex causa sc lucrativa, putà usufr. morte aut capitis minutione fructuarij cum proprietate confuso. *d. l.* 82. §. 1.

FUNDUM PETERE] Impunè, sine metu cadendi causa, quasi plus videatur petijsse, *v.* §. 33 *inf. de act.* ipsum, inquam, fundum, non διατιμησιν, æstimationem, malè Th & Pac. quod arguunt sequentia.

QUIA USUFR. SERVITUTIS LOCUM] Poterat objici, appellatione fundi plenam proprietatem contineri, *leg.* 10. *l.* 19. *de usufr. leg. l.* 18. *de verb. obl.* R. in casu proposito eo verbo nudam duntaxat proprietatem significari, ut usufr. intellectu à fundo separetur, & tanquam servitus consideretur, quoniam proprietas, quæ adest ex causa onerosa, adhuc abesse intelligitur, *l.* 14 *de verb. sign.* fac. *l.* 15. *eod.* iunct. *l.* 66. *de judic.*

JUBEAT ÆSTIMATIONEM PRÆSTARI] Judex tanti rem æstimabit; quantum actori aberit, *d. l.* 82. §. 1. Itaque habemus hic casum, quo condemnatio fit in rei petitæ æstimationem: quod interdum necessarium aut humanum.

COMMENTARIUS.

1. *Speciem hoc loco propositam pertinere ad doctrinam traditam* §. 6. *sup.*
2. *Quæ sit huius loci sententia, & quo colore defendatur.*
3. *Interpretum error circa eius explicationem notatus.*
4. *Ant. Fabri opinio confutata.*
5. *Non esse novum, ut interdum condemnatio fiat in rei petitæ æstimationem.*

1 HIc locus, ut ex argumento intelligitur, subjungendus potius fuerat, § *fin. res aliena* 6. ubi dictum est, si res aliena legata ex alia causa ad legatarium pervenerit: interesse utrum pervenerit ex causa onerosa, an ex causa itidem lucrativa: illo casu legatum non extingui, sed posse legatarium nihilominus actione ex testamento pretium consequi: hoc casu contra legatum penitus evanescere, eo quod duæ causæ lucrativæ in eandem rem & personam concurrere non possunt. Quod autem de toto ibi traditum est, id etiam valet in partibus, ut si quis rei sibi legatæ partem unam ex causa onerosa, alteram ex causa lucrativa nactus sit, legatum pro ea parte extinguatur, quam adeptus est ex causa lucrosa, pro altera consistat, & pretium eius consequi possit, *l. non quocunque* 82. §. 3. *de leg.* 1. Unde etiam si quis fundi sibi legati proprietatem emit detracto usufructu, & ususfructus postea ad eum pervenit, putà mortuo fructuario aut capite minuto, atque ita ex causa lucrativa, perinde hoc habendum ac si pars rei ex causa onerosa, pars sine onere ad eum perveniset. Nam etsi ususfructus non in parte, sed in jure consistit: tamen quia emolumentum rei continet, merito vicem partis obtinere placet, *l. Mævius* 66. §. *pen. l. cum filius* 76. §. *dominus, de l. g.* 2. *l. qui usumfructum* 58. *de verb. oblig.* Cæterùm in hac specie nihilominus fundum rectè peti, nec plus quàm oportet, ea petitione contineri intelligi tradit hic Justinianus post Julianum in *d. l. non quocunque*, 82. §. 2. *de leg.* 1.

Rectè eum agere & fundum petere] Rectè id est, *impunè sine metu cadendi causa*; quæ pœna est, eorum, qui plus petendo perperam agunt, § *si quis agens* 33. *inf. de act.* Sensus igitur horum verborum est, posse legatarium agentem ex testamento cum hærede simpliciter intendere fundum sibi dari oportere, etiamsi nudam duntaxat proprietatem emerit, usumfructum adeptus sit gratis; neque hac intentione sua plus eum complexum videri debere, quàm oporteat. Fundum, inquam, ipsum, non διατιμησιν, æstimationem, ut malè Theoph. & Pac. quod arguunt sequentia. 2

Quia usufr. in petitione servitutis locum obtinet] Poterat objici, imò perperam in casu proposito agere legatarium, ac re ipsa atque aperte plus petere, si simpliciter fundū petat: quippe appellatione fundi plenam proprietatem significari, *l.* 10. *l. si alij* 19. *de usufr. l. qui usumfructum* 58. *de verb. obl.* ac proinde tanto plus, quàm oportet, eam petitionem complecti, quantò pluris æstimari constat plenam proprietatem, quàm nudam, pro qua sola pretium numeravit. Huic objectioni occurrens Justinianus ait usumfructum in proposita petitione servitutis locum obtinere. Quod paulo obscurius dictum hanc sententiam habet, eum qui fundum petit, etsi regulariter plenā proprietatem petere intelligitur, tamen in casu præsenti fundi verbum sic accipi oportere, ut eo nuda tantùm proprietas designata intelligatur, seu fundus quatenus petenti emolumento abest, ut ususfructus intellectu ab eo separetur, & ob id tanquam servitus in hac petitione considerari debeat, hoc est, ut nec petitus censeatur; cùm & aliàs cùm ususfructus separatus est, appellatione fundi nudam proprietatem significari constet, *l. rectè* 25. *de verb. sign.* Hæc interpretatio cùm petitori necessaria sit, ne alioqui formula excidat, si eum plus debito intentione sua complexum dicamus, omninò hic recipienda est: quoniam in ambigua intentione id semper accipere jube-

quod

quod petitori utile est, *l. si quis 66. de judic.* Scio longè aliter hunc locum ab aliis explicari: sic enim ferè cæteri existimant, quòd Justinianus hic agit, legatarium rectè agere & fundum petere, id hanc habere sententiam, legatarium rectè, id est, strictæ rationi juris convenienter, ac proinde sine periculo amissionis causę, fundum petere, ut ea petitione & proprietatem & usumfructum comprehendat, aut posse eum ipso jure petere solidi fundi æstimationem; & quod mox pro ratione Justinianus affert, usumfructum in ea petitione locum servitutis obtinere, id sic accipiunt, quasi dixisset, quia usus-
3 fructus non jure partis, sed servitutis in petitionem deducitur. Sed ego fateor me hæc capere non posse. Neque enim intelligo, quo colore defendi possit, legatarium in proposito rationi juris convenienter agere hoc modo, *Ajo te mihi fundum Sempronij, legatum mihi à Titio, dare oportere.* Ut hæc sit formulæ illius intentio; *Ajo te mihi dare oportere & proprietatem fundi & usumfructum, aut solidi fundi æstimationem.* Sive in ea intentione consideretur usus-fructus, ut consolidatus & conjunctus cum proprietate, sive ut à proprietate separatus & tanquam servitus. Nam si illo modo accipias, manifestum est, petitione id contineri, quod jam habet ex causa lucrativa, & ita obstare regulam juris, quæ non patitur duas causas lucrativas circa eandem rem & personam concurrere: si hoc modo, adhuc dico, id ipsum eum petere, quod sine onere habet, licet habeat sub alia qualitate: aut si tu neges, fatendum tibi erit, peti, quod legatum non est. Imò verò nego, unquam eum, qui fundum petit, posse intelligi usumfructum jure servitutis petere. Quicunque enim fundum petit, eum necesse aut solidam proprietatem intelligere, *l. 5. inpr. si usufr. pet.* aut nudam, *l. recte dicimus 25. de verb. sign.* Denique non rectè in specie proposita solidum fundum aut solidi æstimationem peti, satis apertè, ut mihi videtur, probat quod apud Julianum in *d. l. non quocunq; 82. §. 3. de legat. 1.* notat Marcellus: ait enim, si partem fundi alieni mihi legati redemero, pars mihi legata sit, aut donata, idem esse, quod in specie proposita à Juliano, & ideo me partem duntaxat petere debere. Quibus verbis non obscurè innuit, nec in præcedenti specie Juliani solidum rectè peti: alioqui spe-
4 cies, quam proponit Marcellus, ut similem Juliani, longè esset dissimilis. Ant. Faber 6. *conj.* 8. ne hoc quidem concedit, in casu proposito simpliciter fundum rectè peti, utut ea intentione nuda proprietas petita esse intelligatur: quoniam ait, nec apud Julianum, nec alibi hoc traditum, & quod meum est, amplius meum fieri non potest. Sed ut [illegible] in § 6. ostendimus, quod ex causa onerosa ad creditorem pervenit, interpretatione juris perinde habetur, ac si non pervenisset, propter pretium, quod ei abest, *l. 14. de verb. sign.* & refellit Fabrum *l. ex promissione 19. de obl. & act.* ubi disertè Julianus scribit eum, qui non ex causa lucrativa rem habere cœpit, non prohiberi eandem ex causa lucrativa petere: tum etiam manifestè locus Marcelli modò citatus: nam si partem fundi, quam ex causa onerosa consecutus sum rectè peto, cur prohibeat proprietatem petere, quę ex tali itidem causa apud me est? Cætera, quæ eodem loco Faber adversus hanc sententiam, & adversus ipsum adeò Tribonianum disputat, assis non æstimo.

Sed officio judicis continetur, &c.] Quamvis ratio judicij hoc exigat, ac proinde regulare sit, ut condemnatio fiat in rem ipsam, quæ petita & in judi- 5
cium deducta est: *leg. ut fundus 18. com. div.* evenit tamen nonnunquam, ut necesse sit, aut æquum & humanum, condemnationem fieri in rei petitæ æstimationem; veluti si res petita culpa debitoris aut post moram perempta sit, *l. si ex legati 23. de verb. obl.* item si res aliena, quæ petitur, domino venalis non sit, aut venalis quidem, sed immenso pretio, *l. 14. §. ult. de leg. 3.* vel si ea ex causa onerosa ad creditorem pervenerit, *l. ex promissione 19. de obl. & act. l. huiusmod. 84. §. qui servum 5. de leg. 1. §. si res 6. sup. eod.* Idemque est, si creditor partem, quam ex simili causa nactus est, petat, *l. non quocunque 82. §. 3. de leg. 1.* & in casu proposito, ubi fundo alieno legato fundi proprietas, quæ ex causa onerosa apud legatarium est, petitur, *d. l. non quocunque, §. 2.* Hic igitur judicis officio incumbit, ut reum cõdemnet, non in rem petitam, puta ut fundũ præster deducto usufructu; nam proprietatem fundi jam revera petitor habet: sed ut præstet fundi deducto usufructu æstimationem, hoc est, ut tantam pecuniam legatario det, quantam ille venditori pro fundi nuda proprietate persolvit. Julianus hoc sic expressit, *Iudex, tanti litem æstimabit, quantum actori aberit, d. l. non quocunque, § 2.*

TEXTUS.

10. *Sed si rem legatarij quis ei lagaverit, inutile est legatum: quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest. Et licet alienaverit eam, non debetur, nec ipsa res, nec æstimatio ejus.*

NOTÆ.

10. INUTILE EST] *l. 41. §. 2. eod. 1. l. 13. C. eod.* sicut nec stipulatio nec emptio rei suæ valet, *l. 82. de*

de verb. obl. l. 16. de contr. empt. Ratio est in textu. Proinde nec res, nec æstimatio rei peti poterit, ut sequitur.

LICET ALIENAVERIT EAM] Propter definitionem regulæ Catonianæ, *d. l. 41. §. 2.* cui obstat, *l. 1. §. 2. de reg. Cat.* nisi dicamus verbis illis, *si eum vivo testatore alienaveris*, conditionem significari, ad cujusmodi legatum regula non pertineat, *l. 3. & 4. eod. l. 98. de cond. & dem.*

COMMENTARIUS.

1 *Celsum videri à cæteris dissensisse circà casum, quo legatarius rem suam sibi legatam vivo testatore alienavit: tentatur tamen conciliatio.*

2 *Quomodo temperandum, quod dicitur rem suam nemini rectè legari.*

SED *si*] Particula hæc videtur arguere, hunc §. esse appendicem disputationis habitæ in *§. prac. & §. si res aliena, 6. eod.* Nam ut illic tractatur de re, quæ post testamentum conditum legatarij propria facta est; ita hic de ea, quæ jam ejus est tempore scribendi testamenti. Quid servari placeat, si res, quæ legatarii propria est, non ipsi legatario, sed alteri legata aut potius per fideicommissum relicta sit, docebitur *infr. §. 1. de sing. reb. per fideic. relict.* Hic illud quæritur, an utile sit legatum, si quis legatario ipsi rem, quæ jam ejus est, legaverit. Ait autem Iustinianus, tale legatum inutile esse, propterea quod fieri non potest, ut quis duabus ex causis dominium acquirat, *l. 3. §. ex pluribus, de acq. poss.* qua ratione nec stipulatio rei suæ, nec emptio valet, *l. nemo, 82. de verb. obl. l. 16. de contr. empt.* Idem rescriptum est in *l. proprias, 13. C. de legat.* & responsum ab Ulpiano, *l. catera, 41. §. 2. de legat. 1.* Quamobrem nec res, nec æstimatio rei in proposito peti poterit, ut est in *fin. hujus §.*

Et licet alienaverit eam] Ampliatio superioris definitionis. Etsi is, cui res sua legata est, eam post testamentum factum & vivo etiamnum testatore alienarit, nihilo tamen magis legatū convalescit. Quod sumptum ex definitione regulæ Catonianæ, quæ non patitur legatum ex postfacto convalescere, quod initio vires non habuit, *l. 1. in pr. de reg. Caton.* quæ ratio etiam in terminis redditur ab Ulp. *d. l. catera, §. 2.* Aliud tamen Celsi judicium fuisse, eumque in hac quæstione dissensisse à cæteris existimant Cujac. Hotom. Bachov. per *d. l. 1. §. 2.* ubi sic Celsus scribit; *Item si tibi legatus est fundus,* 1 *qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debebitur. Quod non deberetur, si testator statim decessisset.* Et sanè locus ita scriptus est, ut parum absit, quin idem sentiam. Sed tamen videamus, quid obstet, quominus verba illa, *Si eum vivo testatore alienaveris*, dicamus esse testatoris, non Iurisconsulti, & posita conditionaliter. An quia tum diverso charactere scribenda fuerant, uti mos est Iurisconsultorum, quoties verba testamenti aut stipulationum recitant? At hoc negligi potuit à librario: nec perpetuò observatur, *l. si stipulatus, 76. in pr. & §. 1. de verb. obl. l. 1. §. in honorarius, 10. de extraord. cogn.* An quia regula Catoniana ad conditionalia non pertinet? *l. 4. de reg. Cat. d. l. catera, §. 2. de legat. 1.* ut propterea non debuerit exemplū conditionalis legati à Celso proponi tanquā exceptio regulæ, & in quo definitio Catonis falsa sit. Atqui etiam præcedens species in *§. 1. d. l. 1. eod.* exemplum continet legati conditionalis, quod tamen & ipsum ab eadem regula Celsus excepit. Denique difficulter adduci possum, ut credam, in diversis Iurisconsultorum sententiis aut Ulpianum aut Celsum suam simpliciter prompturos fuisse, quasi in re certa minimeque dubia. Sed tamen inquies, fatendum tunc erit, ineptè Celsum facere, quod excipit de regula, quod ad regulam non pertinet. Fatere igitur & tu æquè ineptè & prius exemplum à Celso excipi. Verum ego puto, quod nescio, an quisquam alius animadvertit, Celsum peculiari quadam ratione duas illas species, quas proponit, quasi hæ etiam verbis regulæ contineantur, excipere: quia cùm conditio in utraque specie adscripta talis sit, ut deficiat, si statim testator decedat, si longiusculè vivat, impleri possit, fieri utroque casu potest, ut contrà quàm regula definit, legatum, quod non valuisset, si statim decessisset testator, valeat, si diutiùs vixerit. Ad cætera autem legata conditionalia nec verba regulæ pertinent. Cæterum meminerimus, quod initio dictum est, rem suam nemini rectè legari, sic accipiendum esse, primum si ea res perfectè legatarij 2
sit; hoc est, ita ut avocari nequeat. Nam si rem ex bonis ejus, qui reipub causa aberat, usu acquisierim, & ea antequàm evinceretur, mihi legata sit, posteà evincatur, rectè ex testamento petam eam mihi dari oportere, *l. non quocunque, 82. §. 1. de legat. 1.* Deinde si res legata legatarii sit pleno jure: nam si quid juris in ea re aut testator aut alius habet, placet valere legatum, & utile esse in eo, quod juri legatarij deest. Pone, emphyteusim, superficiem, aut pignus testatori aut alij in re legatarii constitutum; rectè ea legatur, & proficit legatario legatum in eo, quod juris alieni fuit, *l. senatus, 43. §. ult. leg. si domus, 61. §. pen leg. si tibi, 86. in pr. & §. ult. de legat. 1. leg. 1. §. 1. de lib. leg.* Nec dubito, quin idem dicendum sit, si alius in ea re usumfructum habeat, *arg. l. cùm filius, 76. §. 2. de legat. 2.*

licet dissentiat Accurs. propter textum in *l. Mævius, 66. §. pen. in fin. de legat. 2.* Quo in loco vitiosè legitur, *propter istas causas*, cùm legendum sit *præter*, ut benè Cujac. *lib. 5. ad Afric. in l. etsi, 25. de vulg. & pup. substit.* observavit. Et nonnullis in exemplaribus legi testis est Donell. 8. *comm.* 11. In quibusdam editionibus *præter* in margine adscriptum vidi. Postremò si nec ea res testatori debita sit: non debitori quod debet, rectè legatur, licet dominus ejus rei sit, *l. 1. in pr. de lib. leg. vid. inf. §. si quis debitori*, 13.

TEXTUS.

11. *Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum: nam plus valet quod in veritate est, quàm quod in opinione. Sed & si legatarij esse putavit, valere constat: quia exitum voluntas defuncti habere potest.*

NOTÆ.

11. PLUS VALET, QUOD IN VERITATE] Ratio hæc potius ad casum sequentem pertinet: nam hoc priori casu etsi verum esset, alienam rem legatam esse, tamen legatum valeret; quoniam si suam esse testator scivisset, multò facilius eam legasset: per ea, quæ *sup. §. 4. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Malè ad priorem speciem hujus §. accommodari regulam.* Plus valere quod in veritate, *&c. & qua ratione isto casu sustineatur legatum.*

2 *Prædictam regulam pertinere ad casum posteriorem, atque eos actus tantùm, in quibus error gerenti non obstat, quominùs velit & possit, in quo errat. In aliis contrariam regulam probari.*

SUprà §. 4. audivimus, si testator rem alienam, suam eam esse putans, legaverit, legatum non valere, nisi singulari conjectura voluntatis adjuvetur. Quæ exceptio in exegesi posita & declarata. Quod si quis rem hæredis legaverit, quam existimabat suam esse, Papinianus docet utile esse legatum, *l. unum, 67. §. si rem, 8. de legat. 2.* Hic ex converso docemur, quod juris sit, si testator rem suam legavit quasi alienam: item quid si legavit suam, cùm crederet eam esse legatarii: placere autem, utroque casu valere legatum. Et valebit igitur vel magis, si suam rem legaverit quasi hæredis, *arg. d. l. unum, §. si rem.*

1 *Nam plus valet quod in veritate, &c.*] Puto rationem hanc, quod præter Bachovium nemo animadvertit, malè accommodari ad hunc priorem hujus §. casum, & omninò pertinere ad sequentem, cùm quis rem suam quàsi legetarii legavit. Nam non rectè hic dixeris, ideò valere legatum, quia contrà quàm opinabatur, verum est testatorem rem suam legasse: quoniam etsi opinionē attendas, aut quod opinabatur, verum esset, rem scilicet alienam esse, legatum tamen valeret. Est verò in promptu alia ratio, ob quam in proposito falsa testatoris opinio non obsteret legato; nimirum quoniam, si alienam rem credens, eam nihilominùs legavit, hæredemque suum onerare voluit alienæ rei redemptione, multò magis eam legaturus fuisse præsumitur, si sciviſſet suam esse, *d. l. unum, §. si rem, de legat. 2.*

Sed & si legatarij esse putavit, valere constat] Ad hunc casum rectè accommodabimus regulam, *Plus valere, quod in re & veritate est, quàm quod in opinione.* Nam si hic opinionem spectari placeret, 2
nullum esset legatum, quia quod legatarii est, inutiliter ei legatur, *§. prec.* Est autem regula ista ex earum genere, quæ ad certos duntaxat casus & actus pertinent; locum enim tantùm in iis habet, in quibus error gerenti non obstat, quominùs velit & possit id, in quo errat. Ut ecce, in casu proposito falsa testatoris opinio non impedit, quominùs rem suam legare potuerit; neque etiam quominùs velle eam legatam existimari debeat: nisi quis dicat, quotiescunque res sua legatario legatur, ideò legatum non valere, quia animus legandi desit. Quod verum non est: neque enim ideò tale legatum inutile, quia voluntatem legandi testator non habuit; sed quia voluntas ejus effectum sortiri non potest, cùm quod alicujus jam est, id ejus ampliùs fieri non possit, *§. prec.* Hæc verò ratio cùm cesset, si non legatarii, quod testator falsò existimabat, sed ipsius testatoris res esse deprehendatur, cessare quoque debet ista dispositio. Quod & ipsum Iustinianus non obscurè significat, cùm ita infert; *quia exitum voluntas defuncti habere potest.* Ejusdem generis exempla, atque ad ea eandem hanc regulam applicatam videmus in *l. 4. §. 1. de man. vind. l. pen §. qui ignoravit, 4. de jur. & facti ign.* In iis verò actibus, qui ab animo æstimantur & pendent, certumq; propositum gerentis requirunt, cujusmodi sunt aditio & repudiatio hæreditatis, contraria regula probata est, placetque, plus valere, quod est in opinione, quàm quod in veritate, *l. is qui, 15. & l. seq. junct l. qui hæreditatem, 19. de acq. hær.* nimirum quia in his error impedit, quominus fiat, quod fieri verè poterat, si quis sciret, quod in re est: ac proinde quod verum est, procedere non sinit. D. Horomannus sic generaliter definit, *in errore facti*

facti prævalere veritatem; in errore juris plus posse opinionem. Quod ego falsum esse puto. Nam etsi testator rem suam tanquam legatarii in jure errans legaverit, valebit haud dubiè legatum: & contrà si in facto errans rem legatarij legaverit tanquam suam, non valebit: ut proinde & in errore juris plus interdum valeat veritas, & in errore facti plus opinio.

TEXTUS.

12. *Si rem suam legaverit testator, posteáq; eam alienaverit, Celsus putat, si non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi: ideḿq; divi Severus & Antoninus rescripserunt. Idem rescripserunt, eum, qui post testamentum factum prædia, quæ legata erant, pignori dedit, ademisse legatum non videri: & ideò legatarium cum hærede ejus agere posse, ut prædia à creditore luantur. Si verò quis partem rei legatæ alienaverit, pars quæ non est alienata omninò debetur: pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.*

NOTÆ.

12. SI NON ADIMENDI ANIMO] Quod colligitur ex causa alienandi: nam si ea necessaria fuit, putà ex causa æris alieni, non creditur animo adimendi facta alienatio, *l.* 11. §. 12. *eod.* 3. si libera fuit, contrà. Quomodo accipiendi textus in *l.* 8. *eod.* 1. *l.* 15. *de adim. leg. l.* 1. *& 3. de pecul. leg. &* v. c. aut si donaverit, nam in donatione non cadit istiusmodi distinctio, *l.* 18. *de adim. leg. l.* 34. *in fin. de aur. arg. leg.*

IDEM RESCRIPSERUNT] Extat hoc rescriptum, *l.* 3. *C. eod.*

PIGNORI DEDIT] Ipsum nomen pignoris satis indicat alienationis necessitatem. Deinde nec pignoris datio propriè alienatio: quia pignus in bonis debitoris manet, *leg.* 9. *Cod. de pignor. action.*

COMMENTARIUS.

1 *Quibus ex rebus conjiciatur, utrùm res legata adimendi legati causa alienata sit, nec ne.*

2 *Responsum quoddam Scævolæ cum aliis locis conciliatum.*

3 *Oppignoratione rei legatæ non videri legatum ademptum.*

PErtinet hic locus ad *tit. seq. de adempt. leg.* est enim rei legatæ alienatio species tacitæ ademptionis: quoniam hoc ipso quod testator rem in alium transfert, recedere à priore voluntate videtur. Cæterùm quia etiam legatum rei alienæ consistit, potest hic oriri voluntatis quæstio, an res adimendi legati animo alienata sit, nec ne; ut si non sit, legatum adhuc peti possit. Quod hic docet Iustinianus.

Si non adimendi animo] Sed unde hunc animum aut contrarium colligimus? Ex causa nimirum alienandi; quæ si libera planè fuit, id est, si testator nulla necessitate compulsus rem alienaverit, putà donaverit, aut cùm necesse non erat, vendiderit eam, animo adimendi in eum feciisse creditur, *l.* rem legatam, 18. *l.* legatum, 24. §. 1. *de adim. leg.* ac de hoc casu accipiendi textus in *l.* 8. *pr. de legat.* 1. *l.* cùm servus, 15. *de adim. leg. l.* 1. *& 3. seqq. de pec. legat.* §. *si quis ancillas*, 17. *inf. item l.* 6. *de legat.* 1. Falluntur enim, qui putant, hac in re quicquam interesse inter legatum purum & conditionale. In quo errore etiam Mynsingerus est. Quod si causa alienandi necessaria fuit, id est, si testator rem legatam vendiderit urgente rei familiaris necessitate, hic contrà creditur id animo adimendi legati ab eo factum non esse; & ideo legatum peti potest, nisi probetur, etiam in hac necessitate adimere ei testatorem voluisse. Probatio autem mutatæ voluntatis hic ab hæredibus, quamvis reis, exigitur, *l.* 11. §. *si rem*, 12. *de legat.* 3. quoniam præsumptio pro legatario eodemque actore facit, quasi non videatur extinguendi legati causa alienare, qui etiamsi maximè legatum valere velit, tamen alienare cogitur. Cæterùm distinctioni propositæ non parum obstare videtur responsum Scævolæ in *l. prædia*, 27. §. *liberto, de instr. legat.* Patronus liberto, quem ex parte hæredem scripserat, per præceptionem fundum legavit cum instrumento, & his, quæ in eo fundo futura erant, cùm moreretur. Respondet Iurisconsultus, sine dictione etiam vinum in eo fundo repertum, quod vivus testator vendiderat, & cujus pretii partem tertiam acceperat, ad libertum ex causa præceptionis pertinere, nisi contrariam voluntatem hæredes approbent. At verò si alienatio extrà causam necessitatis facta argumentum est mutatæ voluntatis, dicendum erat, id vinum pertinere ad cohæredes, nisi de contraria voluntate doceat libertus. Respondent nonnulli, in ea specie Scævolæ venditionem vini factam ante factum testamentum. Ego magis Ant. Fabro assentior, qui *lib.* 1. *coni. b.* respondet, non debere videre adhuc alienatum vinum.

1 2

quoad effectum ademptionis legati, quod nondum traditum est; & maximè cujus nomine venditori pretium nondum numeratum, aut eo nomine ei satisfactum est, *arg. l. quod vendidi, 19. de cont. empt. §. vendita, 41. sup. de rer. divi.* Planè pro qua parte pretium testator accepit, difficilè dictu est, eam quoque partem legato præceptionis contineri: & ego dixerim, petentem pro ea parte exceptione summovendum esse.

Divi Severus & Antoninus rescripserunt] Neque responsum Celsi extat, neque hoc Impp. Severi & Antonini rescriptum. Fuisse tamen quod hic traditur, recepti juris, patet ex *l. rem. legatum 18. de adim. leg. junct. l. fideicommissa, 11. §. si rem, 12. de legat. 2.*

Qui prædia pignori dedit, ademisse legatum non videri] Pignoris datio etsi propriè alienatio non est, quippè cum res pignori data in dominio debitoris maneat, eique soluto debito restituenda sit: tamen pro specie alienationis habetur, *l. ult. de reb. al. non al.* Cæterùm ipsum nomen pignoris satis indicat
3 alienationis necessitatem: neque enim pignus dari solet, nisi ab eo, qui necessitate adductus est. Ut proindè rectè & superiori sententiæ convenienter Impp. Severus & Antoninus rescripserint, eum, qui rem legatam oppignerat, adimendi animo hoc facere non videri; sive ut ipsi loquuntur, *non videri voluntatem suam circà legatarij personam mutare.* Extat rescriptum in *l. 3. C. de legat.* Enimverò audiendū nihilominus hæredē existimem, si paratus sit ostendere animo adimēdi rem à testatore pignori datā.

Cum hærede agere, ut prædia luantur] Hoc est, ut hæres de suo tantam pecuniam creditori solvat, in quantam prædia obligata sunt, atque ita ea prædia obligatione liberata ac redempta legatario præstet, *d l. 3. C. h. t.* quod tamen accipiendum est secundum distinctionē traditam, sub *§. sed etsi, 5. eod.*

Si verò quis partem rei alienaverit, &c.] Hoc ominò præcedentibus est consequens: nam quod juris est in toto quoad totum, idem etiam valere debet in parte quoad partem, *l. quæ de tota, 76. de rei vend. l. 82. §. 3. eod.* Et ideò si pars tantum rei legatæ alienata sit, pars quæ non est alienata, semper debetur; *l. 6, l. 8. in pr. de legat. 1.* quæ alienata est, debetur, aut non debetur, prout eam animo adimendi aut non adimendi alienatam esse constabit.

TEXTUS.

13. *Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est: & neque ab ipso debitore, neque ab hærede ejus potest hæres petere, neque ab alio, qui hæredis loco sit. Sed & potest à debitore conveniri, ut liberet eum. Potest etiam quis vel ad tempus jubere, ut hæres petat.*

NOTÆ.

13. LEGATUM UTILE EST] Controversum id aliquando fuisse arguit, *l. 3. pr. de lib. leg.* eo quod debitor dominus est ejus, quod debet, *l. 1. d. t.* neque enim nostrum propriè est, quod est in credito, *l. 27. §. 2. l. 34. de aur. arg. leg.* Boët. in *Top. Pecunia, quæ est in nominibus, non est nostra.* Placuit tamen utile esse, eoque contineri remissionem obligationis; quæ utique in bonis est creditoris, *l. 49. l. 143. de verb. sign.*

NEQUE AB HÆREDE] Nisi legatum personæ debitoris cohæreat, *l. 8. §. 3. de lib. leg.*

PETERE] Cum effectu scil. qua petens exceptione doli repelli potest: ipso enim jure legato liberationis non dissolvitur obligatio, *dict. l. 3 §. 3.*

UT LIBERET EUM] Nempè per acceptilationem, *d. l. 3. §. 3. l. 22. eod.*

AD TEMPUS] Cujus legati quæ sit vis, disce ex Pomp. *l. 8. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Liberationem debitori jam certo jure rectè legari.*
2 *Quis liberationis legata effectus.*
3 *Quis ejus legati, quo damnatur hæres ad tempus non petere.*

QUod Titius mihi debet, id & Sempronio rectè lego, & ipsi Titio debitori meo. Illud legatum est, quod dicitur nominis, de quo plura *inf. sub §. tam autem, 21. eod.* hoc, quod appellatur liberationis, deque hujus legati effectu agitur in præsenti §. Respondet *tit. ff. de lib. legat.* ubi variæ hujus legati formulæ occurrunt. Is quoque qui chirographum debitori legat, liberationem legare videtur, *l. 3. §. 1. d. tit. fac. l. qui chirographum, 59. de legat. 3. l. servum, 44. §. eum, 5. de legat. 1.* 1

Legatum utile est] Liberationem debitori posse legari, jam certum est, ait Iurisconsultus in *l. 3. pr. de lib. leg.* quæ verba arguunt, id aliquando controversum fuisse. Cur verò fuerit, significare videtur idem Iurisconsultus, *l. 1. pr. eod.* ubi ait, debitoribus ea, quæ debent, rectè legari, licet domini eorum sint. Quippè nostrum propriè non est, quod est in credito, *l. 27. §. 2. l. 34. de aur. arg. leg.* Boëth. *in Top. Pecunia, quæ est in nominibus, non est nostra.* Ex eo enim suspicari licet, fuisse anteà,

qui

qui negarent ipsi debitori, quod debet, rectè legari; quia scilicet nemini res sua legari potest. Sed eorum opinio meritò explosa est: nihil enim quod debitoris sit, hoc legato contineri intelligitur, sed jus tantùm quod creditor habet, seu obligationem debitúmve remissum.

Neque ab ipso debitore] Legato liberationis non
2 dissolvitur ipso jure obligatio, aut protinus ipso jure debitor liberatur: sed potest liberationis sibi legatæ fructum duplici ratione consequi; excipiendo, si debitorum hæres petat; si non petat, ultrò ex testamento agendo, ut liberetur, *l.3. § nunc. 3. l. quod mihi, 22. l. legavi, 25. in pr. eod.* Quamobrem quod alibi dicitur hæredem petere non posse, *l. 2. §. 1. l. si quis, 15. eod.* & hoc ipso in textu, id sic accipiendum est, non posse eum petere efficaciter: nam petentem exceptione doli mali repelli.

Neque ab hærede eius, neque ab alio, qui hæredis loco] Qualis est bonorum possessor, & is, cui ex fideicommisso hæreditas restituta est. Interdum tamen effectus hujus legati intrà personam solius debitoris consistit, veluti si quis ita dixerit, *Hæres meus à solo Lucio Titio ne petito*: vel, *A Lucio Titio, quamdiu vivit, hæredem meum petere nolo.* Quoties enim legatum cohæret personæ legatarij, ad hæredem ejus non transit; sicut nec ullum aliud jus personale ad hæredem transmittitur, *l. 8. §. 3. l. Aurelius, 20. eod. tit.*

Ad tempus iubere, ne hæres petat] Potest hæres
3 damnari, ut ad certum tempus non petat. Cujus legati hic effectus est, ut hæres intrà id tempus petens à debitore hæredéve ejus exceptione summoveatur. Cæterùm debitor agere non potest, ut liberetur, *d. l. 8. § 1.* nec per acceptilationem, quoniam acceptilatio in perpetuum obligationem tollit; nec pacto, quod exceptionem perpetuam parit, cùm temporalē tantùm ex testamento habeat. Ut autem hæres paciscatur cum debitore, ne intrà id tempus petat, intrà quod testator peti vetuit, ne hoc quidem requirendum est, quia debitori inutile, nihil ampliùs in eum conferens, quàm quod jam habet, exceptionem scilicet temporalē.

TEXTUS.

14. *Ex contrario si debitor creditori suo quod debet, legaverit, inutile est legatum, si nihil plus est in legato, quàm in debito: quia nihil ampliùs per legatum habet. Quod si in diem, vel sub conditione debitum ei purè legaverit, utile est legatum propter repræsentationem. Quod si vivo testatore dies venerit, vel conditio extiterit, Papinianus scripsit utile esse nihilominùs legatum, quia semel constitit: quod & verum est. Non enim placuit sententia existimantium, extinctum esse legatū, quia in eam causam pervenerit, à qua incipere non potest.*

NOTÆ.

14. SI NIHIL PLUS IN LEGATO] Nam ut legatum consistat, necesse est in eo aliquid utilitatis ab initio versari, *l. 29. de leg. 1. l. 1. §. 10. ad leg. Falc.* Aliàs non ex testamento agitur, sed ex prima obligatione, ὡς χρεὸς ἀπατεῖται. Schol. Th.

IN DIEM, &c.] Vel si alio quocunque modo accidat, ut plus sit in legato, quàm in debito, *v. l. 28. & seqq. de leg. 1.* aut creditoris intersit, ex testamento potius agere, quam ex pristina obligatione, *l. 11. de lib. leg.*

PROPTER REPRÆSENTATIONEM] Id est, propter commodum, quod est aut esse potest in repræsentatione, quia ex testamento præsenti die debetur. Repræsentare est celeriter vel antè tempus præstare. Suet. *August. c. ult.* Senec. *epist. 95. l. 36. § 1. de con. & dem.* Gloss. vet. ἐν παρουσίᾳ ποιεῖν. Repræsentatio, ἐμπαρουσιασμὸς.

PAPINIANUS SCRIPSIT] *l. 5. ad leg. Falc.* non tamen ut in hoc legato aut Falcidiæ sit locus, aut creditoris fideicommitti possit; *l. 7. § ult. de leg. 3.*

QUIA IN EAM CAUSAM PERVENERIT] In hac sententia videtur & Paulus fuisse, *l. 82. eod. 2.* qui tamen alibi fatetur non esse, ut quod semel utiliter gestum est, duret, licet ille casus extiterit, à quo initium capere non potuisset, *l. 85. §. 1. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Quot modis accidat, ut plus sit in legato rei debitæ quàm in debito.*
2 *Taxatur Ant. Fabri nimia confidentia.*
3 *Quando locus sit regulæ*, Quod semel utiliter constitutum est, durare, licet ille casus extiterit, unde incipere non potuisset, *& quando locus regulæ contrariæ.*
4 *Pauli à Papiniano dissentientis sententiam à Iustiniano improbari,*
5 *Iure C. & Inst. vix esse, ut non sit plus in legato, quàm in debito.*

VT consistat legatum, necesse est in eo aliquid utilitatis aut commodi ab initio versari, quemadmodum sub §. 4. generaliter definivimus.

ex quo judicandum de legato, quod hic proponitur, si quis creditori suo quod debet, legaverit; ut scilicet, si nihil utilitatis aut commodi ex eo legatarius capere possit, uti non potest; si nihil amplius est in legato, quàm in debito, legatum non valeat: sin verò emolumenti quid contineat, aut quacunque ratione plus in legato sit, quàm in debito, utile sit legatum, *l. si creditori, 28. cum l. seq. de legat. 1. l. Mævius, 66. de legat. 2. l. legavi, 25. sub fin. de lib. leg. l. 1. §. si quis, 10. ad leg. Falcid.*

In diem vel sub conditione debitum purè legetur] Hæc exempli tantùm causa proferuntur: nam longè pluribus modis, quàm his duobus, accidit, ut plus sit in legato rei debitæ, quàm in debito: & totidem modis fit, ut legatum sit utile. Videamus ergò, quot modis id fiat. Ut plus sit in legato, quàm in debito, primum efficitur debiti repræsentatione, putà si id quod sub conditione aut in diem debetur, purè legetur: sic enim fit, ut in legato plus sit tempore, *l. sin autem, 29. de legat. 1. & hoc text.* Secundò si quod loco longinquiore aut minus commodo debebatur, legetur loco citeriore aut commodiore: hic enim loco plus est in legato, quàm in debito, *d. l. 29.* Tertiò ut plus sit in legato, sæpè efficit nova actio ex testamento; nempè si ea vel efficacior sit vetere, vel plenior. Efficacior est, si vetus removeri poterat exceptione: quæ exceptio legato debito remissa creditori intelligitur, *d. l. 28. de legat. 1.* Plenior est, si vel diuturnior, ut si vetus actio est honoraria; ubi ideò legatum valet, quia honoraria actio sæpè temporaria ex testamẽto civilis est & perpetua, *d. l. 28.* vel aliàs uberior, ut est actio ex testamento, quavis alia actione stricti juris, propter incrementũ usurarũ & fructuum, *l. 3. l. usura, 34. tunc. l. videamus, 38 §. si actionem, 7. de usur. l. 3. C. eod.* proinde si id, quod ex stipulatu debebatur, legatũ fuerit creditori, legatum utile est, *d. l. 38. §. 1.* Et generaliter toties valet hoc legatum, quoties creditoris interest ex testamento potius agere, quàm ex pristina obligatione, *l. 11. de lib. leg.* Errarque adeò perspicuè Wesemb. cùm negat, ex eo solo videri plus esse in legato, quàm in credito, quod nomine legati pinguior actio sit. Sed & in eo nonnihil commodi est, quod speciei à debitore eodemque domino legatæ dominium statim in creditorẽ transeat, & pro sola actione personali etiam in rem habere incipiat, *l. 3. §. 2. de legat. 3.* Cæterùm etsi hæc legata ob commoditatem novæ actionis sustineantur; quia tamen hæreditatẽ non minuunt, neque ipsa minuuntur lege Falcidia, nec in his creditoris legatarii fideicommitti potest, *d. l. 28. §. 1. d. l. 3. §. 2.* Ubi verò commodum est repræsentationis, pro modo istius commodi Falcidia inducitur, & fideicommissum valet, *l. 1. §. si quis, 10. ad leg. Falc. l. 2. de dot. præleg.* Si exceptio metuebatur, creditoris fideicommitti potest, *l. 7. §. ult. de legat. 3.*

Propter repræsentationem] Id est, quia ex testamento præsenti die debetur. Repræsentare est, antè diem aliquid præstare aut solvere, vel antequàm aliquid debeatur, solvere. Sueton. August. *cap. ult. l. 1. §. 2. de dot. præleg. l. Publius, 36. §. 1. de cond. & dem.* Cicero *Tiron. Dies promissorum adest, quem etiam repræsentabo, si adveneris.* Seneca epist. *ad Lucil. 95: Petis à me, ut id, quod in diem suum dixeram debere referri, repræsentem. Gloss. vet. repræsentare, ἐκ παρουσίας ποιῆσαι, repræsentatio, ἐμπαρουσιασμὸς. Th.* omnemque accelerationem significat; ut in illis Ciceronis, *repræsentare improbitatem lib. 16. ad Attic. repræsentare libertatem, 2. Philipp.* Sic Curtius *repræsentare consilium* dixit, pro *antè diem exequi.*

Papinianus scripsit, utile esse nihilominus legatum] Scilicet ut nihilominus id totum, quod debetur, jure legati peti possit: non ut in eo Falcidiæ adhuc locus sit, aut fideicommissum creditori impositum exigere liceat; utpotè sublata jam utilitate repræsentationis, quæ sola legi & oneri locum facit, *l. 1. §. si quis, 10. de leg. Falcid. l. 7. §. ult. de legat. 3. l. 2. de dot. præleg.* Quod visum monere propter confidentiam Anton. Fabri, qui *lib. 4. conj. 12.* contrà manifestam & auctoritatem juris & rationem affirmare ausus est, etiam in hoc nostro casu, cùm dies venit aut conditio extitit, & Falcidiæ locum dari, & fideicommissum deberi. Falsò nimirum ille contendit, cùm dies aut conditio legatum facit, Falcidiam non in commodo repræsentationis duntaxat, sed in toto legato locum habere, legatariumque ratione totius legati fideicommisso gravari posse; temerè id colligens ex verbis Papiniani in *l. 5. ad leg. Falcid.* eumque cum Paulo in *d. l. 1. §. si quis, 10. eod. & Vlp. in d. l. 7. §. ult. de legat. 3. l. 2. de dot. præleg.* qui id disertè negant, nulla necessitate committens. Utique nec rationi convenit, ut Falcidiam patiatur legatarius creditor, aut fideicommissum præstet, qui ex legato præter commoditatem novæ actionis nihil consequitur, nullum omninò commodum in re sentit, *fac. l. si creditori, 28. §. 1. de legat. 1. l. 3. §. 2. de legat. 3.* Extat responsum Papiniani in *l. 5. ad leg. Falc.*

Existimantium extinctum esse legatum, quia in eam causam, &c.] Hic iterum, ut *sup. §. 11.* occurrunt duæ regulæ contrariæ; quarum una definit, *Quod semel utiliter gestum est, durare, etiamsi ille casus extiterit, à quo initium capere non potuisset.* Altera contrà, *Negotium extingui, cùm is casus postea incidit, unde incipere non poterat.* Hæ duæ propositiones, ut constat non possunt: simul esse

esse veræ simpliciter & in universum. Imò neutra earum perpetua est, aut vera in omnibus casis, *l. in ambiguis, 85. §. 1. de reg. jur. l. pen. §. ult. de verb. obl.* 3 In negotiis omni ex parte perfectis, id est, quæ nihil futuri ad consummationem desiderant, sine exceptione valet prior definitio, nunquam ea, quæ utiliter sic gesta & consummata sunt, infirmari ob eam causam, quod ille casus evenerit, à quo consistere non poterant. Idque & apud omnes nunc in confesso est, & semper constitit: exempla suppetunt, *l. 8. de his qui sui vel al. jur. l. oratione, 16. §. ult. de rit. nupt. l. donationes, 31. in pr. de donat. l. pen. §. ult. de verb. obl.* Quod si negotii gesti ius adhuc pendeat, & ad plenam perfectionem ejus adhuc aliquid ampliùs desideretur, hic aliud pro conditione casus posteà incidentis placet. Nam si quod posteà intervenit, tale sit, ut impediat, quominùs negotium rectè cœptum ad finem producatur, placet quod antè gestum est, resolvi: si non impedit, durare quod benè gestum est, exitumque suum sortiri. Ut ecce, testamentum, legata, fideicommissa, etiamsi ab initio utiliter constituta sint, non statim tamen ita planè perficiuntur, ut nihil amplius ad consummationem voluntatis desideretur: reliquum enim adhuc est ut hæres ex testamento existat, ut legatarius legatum consequatur. Finge nunc, eum, qui testamentum jure fecerat, capite posteà minutum esse, servum scilicet factum, aut deportatũ, aut derogatum. Dicimus, irritum fieri testamentum; nempè quia superveniente servitute, deportatione, adrogatione, conditio personæ testatoris sic mutatur, ut testamentum habere non possit, ac ne hæredem quidem omninò, *§. 4. sup. quib. mod. test. inf. l. 6. §. irritum. 5. & seq. de injust. rupt. l. 8. §. 1. & seqq. qui test. fac. l. pen. §. 2. de bon. poss. sec. tab.* Finge, servo alieno quid legatum esse, eumq; servum posteà à testatore redemptum; dicimus similiter, legatum extingui; quia id quod accidit, impedit ne legatum exitum habere possit, *l. 3. §. ult. de his quæ pro non script.* Ejusdem generis exempla occurrunt, *l. inter. 83. §. sacram. de verb. obl. §. 2. inf. de inut. stip. §. pen. inf. de noxal. act. l. falsus, 43 §. ult. de furt. l. pro parte, 11. de servit. l. si à me, 11. de judic. l. huic scripturæ, 15. in fin. junct. l. seq. ad leg. Aquil.* Sed finge, testatorem post testamentum factum incidisse in furorem aliámve mentis abalienationem, aut amisisse facultatem audiendi loquendive, aut bonis ei interdictum; Hic contrà dicimus: testamentum, quod anteà rectè factum erat, nullo horum casuum infirmari: quippè quia nec furor interveniens, nec auditus sermonisve amissio, nec bonorum ademptа administratio impedit, quominus testamentum exitum habeat, atque ex eo hæreditas cæteraque relicta obtineantur, utpotè statum & fortunas suas testatore retinente, *§. 1. & 2. seqq. sup quib. non est perm. fac. test. l. 6. §. 1. l. is cui, 18. qui test. fac.* fusè *Don. post DD. vulg. in d. l. pen. §. ult. de verb. obl.* Cæterum non idem omnes in omni ejusmodi specie sensisse apparet ex *l. existimo, 98.* 4 *de verb. obl.* Atque in casu hic proposito, cum quis quod in diem aut sub conditione debebat, creditori suo purè legavit, & vivente testatore dies supervenit aut conditio extitit, Paulus in *l. debitor, 82 de legat. 2.* apertè dissentit à Papiniano in *l. 5. ad leg. Falc.* Si demùm jam mortuo testatore dies venerit aut impleta sit conditio, concedit Paulus durare petitionem legati: si vivo adhuc eo, ait legatum inutile effici, quamvis ab initio constiterit: contrà Papinianus, etiamsi vivo testatore dies venerit, &c. utile esse hujusmodi legatũ scribit, quia semel constitit. Paulus igitur ad jus hujus legati requirit, ut etiam antequam dies aut conditio existat, testator mortuus sit: Papinianus unum tantùm hic tempus testamenti spectandum, atque ex eo de vi & jure relicti statuendũ existimat, quod consentaneum videtur regulæ Catonianæ. Papiniani sententiam rejecta Pauli Iustinianus hic amplexus est. Tota disputatio hujus §. quod Compositores ipsi non animadverterunt, hodie inutilis penè & supervacua videtur: vix enim est, ut legatũ debiti jam non sit utile creditori, postquàm Iustinianus etiam 5 actionem hypothecariam legatariis dedit, & justaciti pignoris in bonis defuncti, *l. 1. C. comm. de legat.* ut proinde uno tantùm casu nunc accidere possit, ut legatum rei debitæ nihil utilitatis contineat, videlicet quando legatarius creditor etiam extrà causam legati jus pignoris habet, constitutum sibi jam antè vel à debitore, vel à lege, ut in specie §. proximè sequentis.

TEXTUS.

15. *Sed si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum: quia plenius est legatum, quàm de dote actio. Sed si, quam non accepit, dotem legaverit, Divi Severus & Antoninus rescripserunt, si quidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum: si verò certa pecunia, vel certum corpus, aut instrumenta dotis in prælegando demonstrata sunt, valere legatum.*

NOTÆ.

15. PLENIUS EST LEGATUM] Propter re- præsentationem in dote pecuniaria, quæ annua

bima, trima die, ἐνιαυτῷ, διετίᾳ, τριετίᾳ, id est, tribus annuis pensionibus reddebatur. Ulp. *tit. 6. §. 5.* Hodie autem dos rerum mobilium annua die præstatur, *l. un. §. 7. C. de rei ux. act.* in legato immobilium etsi non est repræsentatio. Ulp. *d. loc. & d. l. un.* valet tamen legatum propter commoditatem novæ actionis, *v.* in comment.

IN PRÆLEGANDO DEMONSTRATA] Quia falsa demonstrata non vitiat legatum, *§. 30. inf. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Iure antiquo in relegatione dotis semper plus fuisse, quàm in obligatione.*

2 *An novo jure adhuc aliquid in eiusmodi legato commodi.*

3 *Quid iuris, si, qua non accepta est, dos aut simpliciter legata sit, aut demonstrata certa quantitate vel corpore.*

SI uxori maritus dotem legaverit] Exemplum legati rei debitæ: proinde quid hic statuendum sit, dicamus ex superiore regula, ut si plus sit in legato, quàm in debito, legatum valeat; si nihil ampliùs, legatum sit inutile.

Quia plenius est legatum, quàm de dote actio] Hæc verba arguunt, veteres semper existimavisse, plus esse in legato, quàm in obligatione dotis: ut proinde relegatio dotis non potuerit non jure veteri valere, *fac. tit. de dot. præleg.* Ut autem legatum pleniùs esset, faciebat aut utilitas repræsentationis in dote pecuniaria, cujus repetitio dilationem habebat, ut annua, bima, trima die, ἐνιαυτοῦ, διετίᾳ, τριετίᾳ, id est, tribus annuis pensionibus, redderetur; legatum autem statim peti poterat, *l. 1. §. 2. l. 2. d. tit. Vlp. tit. 6. § 5.* aut commoditas novæ actionis: nam etsi cæteræ dotes statim reddebantur, teste *Vlp. d. loc.* tamen dote prælegata hoc commodum sentiebat uxor, quod dominium rei dotalis statim ad eam redibat, actionemque in rem consequebatur, cùm pro dote repetenda personalem tantùm actionẽ rei uxoriæ haberet: *arg. l. 3. §. 1. de leg. 3.* aut si dotẽ sibi reddi stipulata fuerat, quod pro actione ex stipulatu consequebatur actionem ex testamento, imitantem in plerisque naturam actionum bonæ fidei: per *l. si creditori, 28. §. 3. de legat. 1.* Adhæc variæ olim actioni de dote objiciebantur exceptiones & retentiones; sæpè etiam dos lucro mariti cedebat, *vid. Vlp. d. tit. 6. l. 15. §. 1. sol. matr. l un. §. taceat, 5. & seq. C. de rei ux. act.* quibus locus non erat dote relegata. Institutianus verò jus & petitionem mulieris sic auxit, *d. l. un. & l. in rebus, 30. C. de jur. dot.* ut non videam, quid commodi nunc ex relegatione dotis capi possit; nisi quod jure legati etiam res dotales mobiles statim reddendæ sunt, quarum alioqui præstatio anni dilationem ex constitutione Iustiniani habet, *d. l. un. §. cum autem, vers. exactio.* Tentari tamen potest cum plerisque interpretibus, etiam post constitutiones Iustiniani, relegationem in universum utilem censeri decere, propterea quod agenti ex testamento non potest objici exceptio, quam vocant competentiæ. Tametsi enim non omnibus hæredibus mariti conventis actione de dote hoc beneficium competit, *l. sciendum, 25. de re iud.* sufficit tamen, communi filio, qui patri hæres extitit, competere; *l. etiam filius, 18. solut. matr.* atque ita aliquando legatũ utile esse posse, & solidum obtineri, ubi alias in id tantùm fieret condemnatio, quod reus facere posset.

Si quidem simpliciter, inutile est legatum] Si dos uxori prælegata sit non designata certa quantitate aut certo corpore demonstrato, & dos nulla data sit, legatum inutile est: quia apparere non potest, quid aut quantum fuerit legatum. Neque hoc tantùm in dote non accepta & simpliciter legata obtinet; sed etiam in omni simili legato incertæ rei aut quantitatis, *l. si sic legatum, 75. §. 1. de legat. 1. l. legavi, 25. sub fin. de lib. legat. fac. l. cum post, 69. §. gener. 4. de iur dot.*

Si verò certa pecunia, vel certum corpus, aut instrumenta] Veluti, *Centum quæ in dotem accepi*; aut, *Fundum Tusculanum, mihi in dotem datum, uxori do, lego*, aut, *Centum, quæ instrumento dotali conscripta sunt, l. 3. l. ult. C. de fals. ca. adi. leg.*

Valere legatum] *d. l. legavi, 25. in fin. de lib. leg. d. l. 3. & ult. C. de fals. ca. adi. leg d. l. si sic legatum, 75 §. 1. in fin. de legat. 1.* Ratio aperta est, & expressa dictis locis; quia falsa demonstratio legatum nõ vitiat: de quo pluscula, *inf. §. huic proxima, 30.* Eadem ratione si major quantitas legato comprehensa sit, quàm in dotem accepta, valebit legatum etiam in id, quod acceptam excedit, *l. 6. de dot. præl.* Obstare tamen his, quæ diximus, videtur, quod Ulpianus scribit, *l. 1. §. sed & si 7. eod. tit.* si quis ita legaverit, *Centum, quæ in arca habeo*, aut, *quæ ille apud me deposuit*, & nihil in arca sit, aut depositum fuerit, nihil deberi; accommodans hoc ipsum ad casum dotis non acceptæ & prælegatæ. Sed rectè respondet Io. Faber, referre utrùm legetur certa quantitas, ut quantitas; an ut certũ corpus aut species, veluti *Centum, quæ in arca habeo, l. planè, 34. §. sed hoc, 4. l. sed si, 51. de legat. 1.* Priore casu falsam demonstrationem non nocere legato: posteriore idem juris esse, quod certo corpore, quod non extat, demonstrato, ut si quidem extet quantitas sic designata, legatum valeat; si non extet, inutile sit; *l. si servus, 108. §. qui quinque, 10. de legat. 1. l. omnia, 32. §. species, 5. de legat. 2.*

TEXTUS

TEXTUS.

16. *Si res legata sine facto hæredis perierit, legatario decedit. Et si servus alienus legatus sine facto hæredis manumissus fuerit, non tenetur hæres. Si verò hæredis servus legatus sit, & ipse eum manumiserit, teneri eum, Iulianus scripsit: nec interest sciverit, an ignoraverit, à se eum legatum esse. Sed & si alij donaverit servum, & is, cui donatus est, eum manumiserit, tenetur hæres: quamvis ignoraverit, à se eum legatum esse.*

NOTÆ.

16. SINE FACTO HÆREDIS] Sive naturâli interitu, v.c. si servus legatus ἰδίᾳ θανάτῳ, *sua morte*, ut Suet. *in Iul. c. ult.* defunctus sit; sive facto alieno: nisi mora hæredis intervenerit, *l. 36. §. ult. l. 47. §. ult. de leg. 1. l. 23. de verb. obl.* vide in comment.

LEGATARIO DECEDIT] Et hæres liberatur, ut & cæteri debitores; qui certam speciem debent, *d. l. 23.*

SINE FACTO HÆREDIS MANUMISSUS,] *l. 35. de leg. 1.* hæc enim manumissio morti proxima est, *l. 92. de solut.*

NEC INTERESt SCIVERIT, &c.] *l. 112. §. 1. eod. 1. l. 28. qui & à quib. man. l. 91. §. 2. de verb. obl.* Ratio est in *l. 25. §. 2. in fin. ad Treb.*

SED ET SI ALII DONAVERIT] *d. l. 112. §. 1.* Ratio eadem, nisi quod hic hæres causa remotior.

COMMENTARIUS.

1 *Servi alieni, qui legatus sit, manumissione hæredem ita liberari, ut nec æstimationem debeat, & quid si res legata evicta sit.*

2 *Hæredem, qui servum proprium à se legatum vel ignorans manumisit, obligatum remanere: & cur nominatim hoc pronuntietur de servo hæredis proprio.*

HUjus §. doctrina pertinet ad locum communem de liberatione debitorum, quæ contingit interitu rei debitæ. Sic enim in universum jus est, ut rei debitæ interitu, qui sine facto aut culpa debitoris contigit, obligatio extinguatur, ita ut nec ulla æstimationis petitio supersit, *l. si ex legati, 23. de verb. obl. l. in ratione, 30. §. res tamen, 6. ad leg. Falc. l. cum res, 47. §. ult. de legat. 1.*

Si res] Id est, res certa, species, seu certum corpus, *l. non amplius, 26. §. 1. de legat. 1. d. l. si ex legati de verb. obl. d. l. in ratione. §. certis ad leg. Falc.* idque ex prædicato, *perierit*, satis intelligitur, quod in res certas seu species solum cadit. Nam cum res incerta, putà homo generatim, aut centum aurei, legata aut in obligationem deducta est, nunquam dici potest res legata aut aliàs debita periisse; *d. l. 30. §. 5.* quoniam omnes homines generaliter & infinitè centum legato aut obligatione continentur: eoque fit, ut in his nullo rerum casu sive hæres, sive quis alius debitor liberetur, *d. l. in ratione, §. incerta, ad leg. Falc. l. incendium, C. si cert. pet.* Utrum autem certa species legata sit, an quantitas instar certæ speciei; veluti centum aurei, qui in arca sunt, nihil interest, *d. l. in ratione, §. certis, l. si certos, 37. de verb. obl.*

Sine facto hæredis perierit] Sive naturali interitu, sive facto alieno, putà si servum legatum alius occiderit, *l. arbitrio, 18. §. ult. de dol.* Nam si ipsius hæredis facto res periit, non magis id legatario nocere debet, quàm cæteris creditoribus, quæ facto debitorum contigerunt. Sed & si res naturali fato perierit, cæterum post moram ab hærede factam, hæredis ad detrimentum erit, *l. cùm servus, 39. §. 1. de legat. 1.* Certa enim est juris regula, mora interveniente perpetuari obligationē, ut post moram re peremptā nihilo secius teneatur debitor, quàm si res adhuc extaret, *d. l. si ex legati de verb. obl. l. nemo, 82. §. 2. l. si servum, 91. §. sequitur, eod. l. 5. de reb. cred.* de quo commodius infrà in materia obligationū. Ait, *perierit.* Perisse non tantùm res intelligitur, cùm in rerum natura esse desijt: verumetiam cùm commercio exempta est, *§. 1. inf. de inut. stip. l. inter, 83. §. sacram, de verb. obl. l. si mihi, 92. de solut.*

Legatario decedit] Hoc locis compluribus traditum, *l. non amplius, 26. §. 1. l. Titia, 36. § ult. l. cum res, 47. §. ult. l. si quis inquilinos, 112. §. 1. de legat. 1. d. l. si ex legati, de verb. obl.* atque ut superius diximus, jus est commune omnium debitorum, qui certam speciem debent.

Sine facto hæredis manumissus] Etiam servi alieni legati manumissione hæres liberatur, si 1
nulla ejus culpa argui potest, *l. si hæres, 35. de legat. 1. l. si servum, 91. §. 1. vers. sin autem, de verb. obl. si mihi, 92. de solut.* ubi Paulus hanc manumissionem ait morti similem esse; scilicet quia manumissione servus commercio eximitur. Quare nec æstimationem præstare hæres tenetur, quam præstare cogitur, cùm res adhuc extat, eamque dominus non vult vendere, §. 4 *sup.* Quid si res legata non perempta, sed legatario evicta sit? Et siquidem ex causa pignoris evicta sit à creditore, hæres obligatus manet: nec interest, generaliter res legata sit, an una aliqua specialiter

& certa: nam nec illo casu sufficit rem talem dare, qualis est; sed ita dare oportet, ut eam habere liceat, *l. qui concubinam, 29. §. pen. de legat. 3. l. si à substituto, 45. §. 1. eod.* 1. & hoc casu tenetur hæres rem obligatam nexu pignoris liberare, *§. 5. sup.* Sin autem evicta fuerit à domino, ut res aliena, hic interest, in genere res legata sit, an in specie: nam si in genere, & hæres rem unam aliquam ex eo genere dederit, quæ postea à domino evincatur, non liberabitur, ob eandem scilicet causam, quam modo dixi: si verò in specie, puta Stichus aut Pamphilus, sic distinguendum est, ut si testator eam rem tanquam alienam legaverit, teneatur hæres eam redimere aut æstimationem ejus dare, *§. 4. sup.* si tanquam suam, placet hæredem liberari, modò præster rem talem qualis apud testatorem fuit, *l. cùm pater, 77. §. evidis, 8. de legat. 2.*

Hæredis servus legatus, & ipse eum manumiserit.] Si hæres servum proprium à se legatum manumiserit, obligatus remanet, & tenetur in ejus æstimationem, perinde quasi occidisset; nec refert, sciverit, an ignoraverit, à se legatum esse, *l. si quis inquilinos, 112. §. 1. de legat. 1. l. hæres, 28. qui & à quib. man.* quippè etiam manumissione res interire intelligitur; quia desinit esse in commercio: & nemo suo se facto obligatione liberare, alterique damnum afferre potest, *l. quidam, 25 §. 2. in fin. ad Trebell. l. si servum, 91. de verb. obl.* Quod ergò dicitur in *d. l. hæres, qui & à quib. man.* hæredem servum proprium, quem testator legaverat, manumittendo nihil agere, ad effectum liberationis, non ad effectum libertatis referendum; ut nihil agere dicatur, quia manumittendo non efficit, quominus obligatus maneat: quod etiam Accurs. observavit. Non obstat huic sententiæ, quod excusatur ignorantia ejus, qui servum indebitum sibi datum manumisit, *leg. in summa, 65. §. pen. de cond. ind.* nam indebiti condictio, utpotè quæ ex bono & æquo introducta est, nihil revocare consuevit, præter iniquum lucrum, *l. pen. eod tit.* Cur verò Iustinianus hoc loco, & Iurisconsulti, *d. l. si quis inquilinos, § 1. & d. l. hæres,* nominatim loquuntur de servo hæredis proprio? Nimirum quia hæres servum testatoris à se legatum aut per fideicommissum alteri relictum ne manumittere quidem potest, sicut nec quamvis aliam rem, quam restituere jussus est, alienandi potestatem habet, *l. ult. §. 2. C. comm. de legat.* Quin etsi sub conditione servus testatoris legatus fuerit, licet pendente conditione pleno jure hæredis sit, placet tamen libertatem ab hærede consequi non posse, *l. generaliter, 29. §. 1. qui & à quib. man.* Sed quid est igitur, quod Paulus in *l. si servum, 91 §. 2. de verb. obl.* scribit, Iulianum putasse, teneri hæredem, qui, cum nesciret, à se peticum codicillis ut restitueret, manumisit: nam libertate non procedente non potest dici manumisisse. Responsum ipsum Iuliani, quod extat in *l. quidam, 25. §. 2. ad sen. Treb.* rem expedit. Non ait Iulianus servum hæreditarium ab hærede legatum, aut quem nominatim hæres restituere rogatus est, posse manumissione hæredis liberum fieri: sed posse hæredem, qui hæreditatem restituere jussus est, servum, qui ex ea hæreditate sit, manumittere, ut tamen obligatus maneat, pretiumque servi fideicommissario præstet. Inter quæ multùm interest. Nam cùm servus hæreditarius certus specialiter legatus est, manifestum est testatorem velle hunc ipsum servum præstari, non æstimationem ejus. At in fideicommisso hæreditatis potest favore alicujus rei, quæ in ea hæreditate sit, alia interpretatio voluntatis recipi, quasi ad sensum testatoris nihil interfit, utrum res ipsa, an æstimatio præstetur.

Sed & si alii donaverit, & is eum manumiserit, &c.] Hæres, qui servum proprium à se legatum alteri donavit, quamvis eum à se legatū ignoret, tamen si is, cui donatus est, eum manumiserit, tenetur in servi æstimationem, *d. l. si quis inquilinos, 112. §. 1. de legat. 1.* Ratio eadem, quæ in specie præcedente; quia facto hæredis accidit, ut servus commercio sit exemptus, quod alteri damnū afferre non debet. Tantum hic non proxima, sed remota causa hæres est.

TEXTUS.

17. *Si quis ancillas cum suis natis legaverit, etiamsi ancilla mortua fuerint; partus legato cedunt: Idem est & si ordinarij servi cum vicariis legati fuerint: quia licet mortui sint ordinarij, tamen vicarij legato cedunt. Sed si servus fuerit cum peculio legatus, mortuo servo, vel manumisso, vel alienato, peculij legatum extinguitur. Idem est, si fundus instructus, vel cum instrumento legatus fuerit: nam fundo alienato, & instrumenti legatum extinguitur.*

NOTÆ.

17. IDEM EST, SI ORDINARII CUM VICARIIS.] Nam vicarii hic non considerantur, ut pars peculii ordinariorum, sed ut eorum conservi, ut & revera sunt, *l. 9. d. tit.* itaque etiam in hac specie duo sunt legata separata, *l. 4. d. t.*

SED SI SERVUS CUM PECULIO, &c.] *l. 1. d. t.* Ratio est, quia peculium accessionis locum obtinet,

obtinet, cujusmodi perempta re principali & ipsa extingui solent, *l. 2. d. t. l. 178. de reg. jur.*

IDEM EST, SI FUNDUS INSTRUCTUS] Quia nec hic duo sunt separata & principalia legata, sed unum rei principalis, alterum accessionis: spectanda tamen mens testatoris, *l. 1. §. 1. l. 5. de instr. vel instrum. leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Si ancilla cum suis natis legata sit, duo intelligi legata separata & aequè principalia.*
2 *Idem esse, si servus cum vicariis suis legatus sit.*
3 *Secus, si servus cum peculio, aut penus cum vasis.*
4 *Aut si fundus instructus, vel cum instrumento.*
5 *Paulus cum Justiniano conciliatus.*

HOC §. & 3. *seqq.* docetur, quid juris sit, si rei legatæ vivo testatore vel decesserit aliquid, vel accesserit. Si aliquid decesserit, ita jus est, ut neque legatum extinguatur, nisi quod decessit, sit principale, reliquum accessorium; neque hæres teneatur supplere, quod decessit, sed præstatione ejus, quod supereset, liberetur. Hæc res quatuor exemplis declaratur; legati ancillæ cum suis natis; servorum ordinariorum cum vicariis, *hoc* §. legati gregis, §. *seq.* legati peculii, §. 20. Cæterum, ut dixi, ita quod supereset, legato cedit, si id quoque principaliter legatum sit, non si ut accessio ejus, quod decessit; nam perempta re principali legatum accessionis extinguitur: quod ostenditur *hoc* §. exemplo legati servi cum peculio; item fundi cum instrumento legati. Si quid accesserit, placet etiam illud legato cedere: cujus rei tria exempla proferuntur, legati gregis, cui postea adjecta plura capita, §. *seq.* legati ædium, quibus adjectæ columnæ & marmora, §. 19. legati peculii, cui deinde aliquid accessit, *d.* §. 20. Latè autem hic locus patet. Nam huc etiam pertinent fructus, usuræ, pensiones prædiorum, partus, fœtus, alluvio, insula in confinio nata, & plura alia, quæ hic non tangit Justinianus; *leg. 8. l. quod in rerum*, 24. § 2. & 3. *l. cum servus*, 39. § 1. *de legat. 1. l. 10. l. si area*, 39. *de legat. 2. leg. sæpè*, 16. *eod. 3.*

Partus legato cedunt] *l. si ancilla*, 62. *cum l. seq. de legat. 1.* Poterat videri unum hic esse legatum principale, alterum, natorum scilicet, accessorium; quod etiam Servio visum fuit, qui ob id mortua ancilla negabat partum deberi. Sed reverà liberi matris accessio non sunt: statim enim ut sunt editi, separatam planè habent existentiam: & ideò rectè Paulus scribit, duo hic esse legata. Separata, hoc est, æquè principalia, *l. 3. de pec. leg.* & Celsus in *l. si ancillas*, 63. *de legat. 1.* sententiam Servij ut falsam nec voluntati defuncti accommodatam rejicit. Ego quoque sententiam Io. Fabri & Aretini falsam esse puto, & voluntati testatoris minimè consentaneam, qui existimant, si pecudes cum fœtu legatæ fuerint, morte pecudum legatum fœtus tanquam accessorium extingui.

Idem est, si ordinarii cum vicariis] Hic eadem dubitatio occurrit, quæ in casu præcedenti: nam ut peculium servi accessio est, ita & servi vicarii, qui sunt in peculio ordinariorum, *l. 17. de pecul.* etiam horum accessio videntur; ac proinde his mortuis illos ex legato non deberi. Illud utique certum est, mortuo servo ordinario, qui cum peculio legatus est, peculii legatum ita extingui, ut nec vicarii, qui in ejus peculio sint, debeantur. Et sanè fatendum est, servos vicarios accessionis locum obtinere, quatenus considerantur ut pars peculii ordinariorum: cæterum ex se non sunt, sed reverà ordinariorum conservi, *l. 9. de pec. leg.* Atque ut tales considerantur in casu proposito, cùm disertè cum ordinariis & ipsi legantur, ut hic quoque sint duo legata separata, & vicarii æquè principaliter ut ordinarii legati intelligantur, *l. 4. d. tit.* 2

Sed si servus cum peculio] Servo legato cum peculio, & alienato vel manumisso, aut mortuo, legatum etiam peculii extinguitur, *l. 1. de pec. leg.* Cur tam variè? quia peculium accessionis locum obtinet: cujus conditionis quæ sunt, extingui solent, cùm principales res peremptæ fuerint: ratio reddita à Gajo in *l. 2. d. tit.* Eadem ratione placet, & penu certa cum vasis legata & consumpta, ne vasa quidem deberi, *l. 2. l. 4. in pr. de pen. leg.* Hoc tamen inter peculium & vasa penuaria interest, quod peculium non est simplex & mera accessio, quæ necessario servum sequatur: quippè si simpliciter servus legatus sit, peculium legato non cedit, *l. si legatus*, 24. *de pecul. leg.* Sed vasa penuria pura putà sunt accessio; & ideò penu simpliciter legata, vasa quoque, sine quibus rectè penus haberi non potest, legato continentur, *l. 3. §. ult. l. 4. pr. de pen legat.* 3

Si fundus instructus, vel cum instrumento] Exemplũ simile proximè præcedenti: ideò enim fundo cum instrumento legato & alienato etiam legatum instrumenti extinguitur; quia hic non sunt duo diversa & separata legata, sed unum rei principalis, alterum accessionis & sequelæ. Nam instrumentum fundi accessio est. Et siquidem sic aliquis legaverit, *fundum cum instrumento*, alienato fundo instrumentum peti non posse semper constitit, *l. 1. §. 1. l. 5. de instr. vel instrum. leg.* Cæterùm an idem sit, si sic legaverit, *fundum & instrumentum*, aut *fundum instructum*, non satis convenit. Labeo *lib. 1. pithan.* putat, inter 4

omnes hasce scripturas nihil interesse, *l. 5. de instruct. leg.* Iustinianus quoque hoc loco idem prædicat de legato fundi instructi & legato fundi cum instrumento. Denique & Paulus eadē duo, ut eandē vim habentia conjungit, *d. l. 1. in pr. eod. tit.* Verùm idem Paulus in notis ad Labeonē, *d. l. 5* hanc scripturam, *fundum cum instrumento*, à cæteris disertè separat, sic ut dicat, ex illa scriptura, fundo alienato, nihil deberi: ex duabus reliquis posse instrumentum esse legatum. Eguinarius Baro existimat, Paulum cum Iustiniano nullo modo conciliari posse? Hotomannus etiam secum pugnare, atque ex insita sibi cum Labeone simultate, solo Labeonis redarguendi studio, contrarium respondisse. Verùm ego, ut fatear, Paulum eo genere morbi laborasse, eoque correptum aliquando non satis bona fide cum Labeone agere, ut videre est in *l. pen. §. 1. & 2. de acq. rer. dom. l. ult. de usuc.* & fortassis sic etiam Labeonem ab eo tractatis in *d. l. 5.* non arbitror tamen aut secum eum pugnare, aut cum Iustiniano. Labeo dixerat, inter superiores scripturas omnes nihil interesse. Paulus ait, interesse: nam ex hac scriptura, *fundum cum instrumento*, alienato fundo nihil deberi: ex his, *fundum & instrumentum*, vel *fundum instructum*, posse instrumentum esse legatum. Quasi dicat, in hac specie, cùm fundus cum instrumento legatus est, tam perspicuum est, testatorem instrumentum accessionis loco habuisse, ut alienato posteà fundo frustrà de mente testatoris, quod ad legatum instrumenti attinet, disputetur: quod ipse *d. l. 1. §. 1. de instruct. leg.* sic expressit, *fundo cum instrumento legato & alienato, instrumentum non vindicabitur ex sententia defuncti.* Cùm autem fundus & instrumentum, aut fundus instructus, legatus est, licet regulariter etiam utroque hoc casu legatum instrumenti pro accessorio habeatur, eoque alienato fundo legatum instrumenti evanescat; tamen quia mens testatoris hic non tam plana ac perspicua est, quàm in specie superiore, ideò admitti posse quæstionem voluntatis, & tentari fundo alienato nihilominùs instrumentum, tanquam separatim atque æquè principaliter legatum ex sententia testatoris deberi, eoque probato legatarium vincere. Non pugnat igitur secum Paulus, cùm in *d. l. 1. in pr. ait.* sive cum instrumento fundus legatus sit, sive instructus, duo legata intelligi: nam in illa specie alterum semper accessorium est, in hac potest utrumque esse principale. Sed nec cùm Iustiniano; quippe quod regulare est, hic tantùm proposuit: quod & fecit Labeo *d. l. 5.* quem idcircò explicari potiùs à Paulo, quàm taxari oportuit. Ad hunc fermè modū hæc quoq; componunt. *Cujac. Vvesemb. post Bart. in d. l. 5. aliter l. 30. ibid. Mynsing. Balduin. hic.* Quāto plenius sit legatū fundi instructi, quàm fundi cum instrumento, docet Ulpian. *l. quæsitum, 12. §. supellex. 15. & §. sed si fundus, 27. cum seqq. de instruct. vel instrum. legat.*

TEXTUS.

18. *Si grex legatus fuerit, & posteà ad unam ovem pervenerit, quod superfuerit, vindicari potest. Grege autem legato etiam eas oves, quæ post testamentum factum gregi adjiciuntur, legato cedere Iulianus ait. Est autem gregis unum corpus ex distantibus capitibus: sicut ædium unum corpus est ex cohærentibus lapidibus.*

NOTÆ.

18. SI GREX LEGATUS, &c. QUOD SUPERFUERIT VINDICARI] Quamvis grex esse desierit, quæ ratio est dubitandi, *l. 22. de leg. 1.* Sed nimirum qui gregem legat, etiam singula capita, quæ in eo grege sunt, ut partes totius, legare intelligitur, per *l. 113. de reg. iur.* Aliud juris est in legato usufr. gregis, *l. ult. quib. mod. us. am.* quia ususfructus rei mutatione extinguitur, *v. sup. §. pen. de usufr.*

QUÆ POST TESTAM. ADJICIUNTUR] Grex legatario crescit & decrescit; legatus enim censetur quantuscumq; erit die legati cedente, *l. 21. de leg. 1.*

UNUM CORPUS] De generibus corporum vid. *l. 30. de usurp. & usuc.*

COMMENTARIUS.

1 *Ratio dubitandi circà priorem speciem hujus §. & cur non idem in legato usufructu gregis, remissivè.*

2 *Ratio exempli posterioris.*

GRege legato, si numerus ovium decreverit, tamen quæ supersunt, capita debentur, etiamsi unica tantum ovis reliqua sit, *l. si grege, 22. de legat. 1.* quo loco Pomponius etiam dubitandi causam significat: quæ hæc esse poterat, quod rei legatæ interitu legatum extinguitur, *§. si res 16. sup. eod.* Etenim grex etsi neque accretione neque decretione mutetur, sed idem maneat; *l. si cum, 21. §. 1. de exc. rei jud.* tamen ubi decrevit usque ad numerum minorem decem, interiisse censetur, quia iste numerus gregem non constituit, *l. ultim. de abig. l. ult. quib. mod. us. am. vid. leg. 65. §. 1. de leg. 2. Fabrot. ad Th. h. leg. 79. de leg. 3.*

leg. 3. Gregem autem legavit testator, non separatim singula capita, quæ aliud sunt, quàm grex, *l. 1. in fin. de rei vend.* Dicendum est, eum, qui gregem legat, omnia capita, quæ in eo grege sunt, legare intelligi; atque ideò quicquid ex grege supersit die legati cedente legatario deberi. Licet enim capita, quæ supersunt, pauciora sint, quàm ut per se gregem constituant: tamen quotquot supersunt, pars sunt aut fuerunt illius gregis, qui legatus est; ac proinde etiam legato continentur, *l. in totò, 113. de reg. jur.* Nam nec area insula est: & tamen si insula legata combusta sit, responsum est, aream adhuc vindicari posse, *d. l. si grege.* Nimirum quia area pars est aut fuit rei legatæ, id est, insulæ, *l. qui res, 98. §. aream, de solut.* Nec est contrarium, quod traditur, in *l. ult. quib. mod. us. am.* usumfructum gregis legatum, si in eum numerum pecus reciderit, quo grex constare non potest, perire. Aliud enim longè juris est in legato gregis, aliud in legato usufructu gregis. Diversitatis rationem alibi diligenter exposui sub §. *pen. sup. de usufr.*

Ad unam ovem] Quamvis enim unica hæc ovis gregem non constituat, id est, universitatem multorum capitum; est tamen unum ex capitibus illis, quæ gregem constituebant; ac proinde pars rei legatæ, *vide & l. peculium, 63. §. 1. de leg. 2. l. sic herus, 79. eod. Fabrot. ad Theoph. hic.*

Post testamentum gregi adjiciuntur] Exemplum contrarium, cùm rei legatæ vivo testatore aliquid accessit. Cui grex legatus est, ad eum etiam omnia capita pertineat, quæ posteà gregi adjecta sunt, *l. grege, 21. de legat. 1.* Ratio est, quia testator non illum gregem, quantus tunc erat, sed planè quantuscunque erit, cùm dies legati cedet, legasse intelligitur. In summa grex legatario crescit & decrescit. Eademque ratio legati armenti & equitij. 2

Unum corpus ex distantibus capitibus] Ut ædium sic etiam greges unum corpus est: verùm illud συνημμένον, id est, *connexum*, atque ex pluribus partibus inter se cohærentibus constans; hoc διεζευγμένον, *disjunctim*, constans ex pluribus corporibus distantibus, ut populus, legio, collegium, *l. in rem, 23. §. item quæcunque, 5. de rei vend. l. rerum, 30. de usuc.*

TEXTUS.

19. *Ædibus denique legatis, columnas & marmora, quæ post testamentum factum adjecta sunt, legato dicimus cedere.*

NOTÆ.

19. POST TESTAM. ADJECTA] *l. 41. §. 9. & seqq. de leg. 1.* Sed & si areæ legatæ domus imposita sit, placet & superficiem legato cedere; nisi testator voluntatem mutaverit, *l. 39. eod. 2. l. 44. §. 4. eod. 1.*

COMMENTARIUS.

1 *Si areæ legatæ domus imposita sit, superficiem simul cùm solo deberi. Et quid si res legata in aliam speciem mutata sit.*

ALiud exemplum augmenti rei legatæ. Per columnas autem & marmora quælibet additamenta intelligenda sunt, *l. cætera, 41. §. item, 9. & seqq. de legat. 1.* Sed si areæ legatæ domus imposita sit, placet domum, hoc est, & solum & superficiem deberi, ut disertè traditum est in *l. si area, 39. de legat. 2. & l. si servum, 44. §. si area, 4. de legat. 1.* ubi hæc quidē additur exceptio, nisi testator mutavit voluntatem: sed exceptio illa confirmat, solo eo facto testatorem voluntatem mutasse non videri; ac proinde in dubio aream cum superficie deberi. Quippè cui superficies etiam aliàs jure accessionis cedit; ut res aucta potius, quàm mutata videatur, *§. cum in suo, 29. & seq. sup. de rer. div. l. quires, 98. §. ult. de solut.* Non est contrariū, quod apud Gaium scriptum est, si domo, quæ legata erat, destructa aliam eodem loco testator ædificaverit legatū non deberi, *l. si ita legatum, §. ult. de legat. 1.* quia destructione rei legatæ legatū interit, veluti si domum legatam testator diruat, navem legatam dissolvat, *l. lana, 88. §. 2. de legat. 3.* Nova autem domus non debetur, quia non intelligitur legata; nisi aliud testatorem sensisse fuerit approbatum. Magis obstat locus Celsi in *l. si chorus, 79. §. pen. de legat. 3.* & omnino adversatur, nisi hæc Celsi verba, *quanquam tunc peti non poterat*, per concessionem accipiantur. Ut sit hic sensus: quamvis ponatur is casus, quo tunc, id est, stante ædificio legatū peti non potuit, uti non potest, cùm constat testatorem sic ædificasse, ut nollet domum deberi; quæ exceptio est, *d. l. servum, 44. §. si area, de legat. 1.* tamen nunc, id est, ædificio destructo, posse aream peti: quia mutatio voluntatis tantùm in eo fuit, ne domus deberetur, ita *Duar. ad l. 8. de legat. 1. Don. 8. comm. 17.* Quod si res legata in aliam speciem mutata fuerit, si quidē ea species ad pristinā materiam redire non potest, veluti si ex marmore statua, ex lana legata vestis, ex materia legata navis facta sit, legatū intercidit, *l. quæsitum, 78. §. illud, 4. d. l. lana, pr. & §. 1. de legat. 3.* Si verò species, in quam res translata est, in suum initiū redigi potest, veluti si massa legata, scyphi ex ea facti sint, placet consistere legatū, atque in hujusmodi materiam prævalere, *d. l. quæsi-*

tum, §. illud, d. l. lana, §. ult. fac. §. cùm ex aliena, 35. sup. de rer. div. nisi tamen aut hic hæres probet testatorem à legato recessisse, aut illic legatarius probet non recessisse; quomodo accipi debet Ulp. in *d. l. servum, §. si pocula, de legat. 1.* adi, *Don. d. c. 17. Cujac. 5. ad African. in l. qui usumfructum, 36. de usufr. & 23. obs. 22.*

TEXTUS.

20. *Si peculium legatum fuerit, sine dubio quicquid peculio accedit, vel decedit vivo testatore, legatarij lucro vel damno est. Quod si post mortem testatoris antè aditam hæreditatem aliquid servus acquisierit, Iulianus ait, siquidẽ ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne quod antè aditam hæreditatem acquisitum est, legatario cedere; quia hujusmodi legati dies ab adita hæreditate cedit: sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, nisi ex rebus peculiaribus auctum fuerit peculium. Peculium autem, nisi legatum fuerit, manumisso non debetur: quamvis, si vivus manumiserit, sufficit, si non adimatur: & ita divi Severus & Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt, peculio legato non videri id relictũ, ut petitionẽ habeat pecuniæ, quam in rationes dominicas impenderit. Iidem rescripserunt, peculium videri legatum, cùm rationibus redditis liber esse jussus est, & ex eo reliqua inferre.*

NOTÆ.

20. SI EXTRANEO, &c. NON CEDERE EA LEGATO] Quoniam dies legati extraneo cedit statim à morte testatoris, exceptis conditionalibus & quæ ad hæredem non transeunt, *l. 2. cum 3. seqq. quand. di leg. l. un. §. 6 & 7 C. de cad. toll.*

PECULIUM NISI LEGATUM, &c.] Ex Ulpiano *l. 24. d. t.*

SUFFICIT, SI NON ADIMATUR] Hoc enim ipso, quod dominus peculium apud jam liberum factum manere patitur, non obscurè id ei donat, *l. 53. de pecul. l. un. C. de pec. ejus, qui lib. mer.*

QUAM IN RATIONES DOMINICAS] Hoc ideò, quia quod dominus servo debet, verum debitum non est; quamvis peculium augeat, *l. 6. §. 4. de pec. leg. l. 7. §. pen. de pecul.*

EX EO RELIQUA] Id est, quæ putatis rationibus domino deberi compertum fuerit, de peculio solvere, aut certam summam hæredibus inferre, *l. 8. §. 7. de pecul. leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Cujus lucro vel damno sit, quod peculio legato vivo testatore accedit aut decedit.*
2 *Cur placeat, si servo manumisso peculium legatum sit, etiam quod post mortem testatoris antè aditam hæreditatem extrinsecus accesserit, legato cedere: si extraneo, non item.*
3 *Explicatur l. 8. §. ult. de pecul. legat.*
4 *Cur servo testamento manumisso peculium non debeatur, nisi legatum sit: inter vivos manumissum sequatur, nisi ademptum fuerit:*
5 *Legato peculij non contineri, quod servus domino expensum tulit.*
6 *Peculium legatum videri ei, qui rationibus reliquisse redditis liber esse jussus est.*

MUlta ex hoc §. discimus. Primùm, cujus lucro vel damno cedat augmentum vel deminutio peculii legati: deinde servo, qui peculium habet, manumisso, quem peculium sequatur: tum legato peculij an contineatur, quod expensum in rationes dominicas: postremò, qui rationibus reliquisque redditis liber esse jussus est, an peculium ei legatum intelligatur.

Accedit vel decedit vivo testatore] Peculium est instar universi alicujus patrimonii, in quo sunt corpora & nomina ac jura, seu credita & debita. Passim *tit. de pecul.* unde fit, ut facilè & deminutionem & incrementum recipiat, *l. peculium, 65. pr. de legat. 2.* Papyrius Fronto dicebat peculium simile esse homini: quippè nasci, crescere, decrescere, mori, *l. peculium, 40. de pecul.* Ait, *vivo testatore.* Neque hic distinguitur, utrùm ipsi servo manumisso peculium legatum sit, an extraneo; neque 1
etiam utrùm ex rebus peculiaribus auctum sit peculium, an extrinsecus. Ratio est, quia quamdiu testator vivit, nullo casu dies legati cedit, id est, nihil dum deberi intelligitur.

Quod si post mortem testatoris, &c.] Si post mortem testatoris antè aditam hæreditatem auctum fuerit peculium, hic interest, ipsi servo manumisso peculium legatum sit, an extraneo: deinde si extraneo, utrùm auctum sit peculium ex rebus ipsis peculiaribus, putà ex partu ancillarum, vel fœtu pecorum; an quid aliundè peculio accesserit, putà ex operis aut quæstu servi, ex donationibus aut legatis. Si ipsi servo manumisso peculium 3
legatum

legatum sit, placet, omne augmentum legato cedere: si extraneo, incrementa ex rebus peculiaribus duntaxat; cætera non deberi, sed ad hæredem pertinere, *l. 8. §. ult. de pec. leg. & hoc nostro text.* Rationem diversi juris mox audiemus.

Quia hujusmodi legati dies ab adita hæreditate cedit] Ratio cur placeat in casu, quo ipsi servo peculium legatum est, etiam id, quod jacente hæreditate ex operis ejus vel ex alia re non peculiari accedit, ipsius lucro esse. Unde quoque simul intelligimus, cur in casu opposito penes hæredem illud maneat. Nimirũ sic in universum jus est, ut cùm quæritur, quantum sit in legato, id tempus inspiciatur, quo dies legati cedit, *l. 8. §. ult. de pecul. leg.* id est, cùm res legata deberi incipit, *l. cedere, 213. de verb. sign.* neq; enim antè ad legatariũ quicquam pertinere potest. Proinde si antè diem legati cedentẽ quovis modo auctum fuerit legatum, etiam augmentum illud legatario debetur: si post diem cedentẽ; id solum, quod res ipsa ex se producit. Iam verò quando ipsi servo manumisso peculium legatũ est, tam peculij legati, quàm libertatis dies ab adita demum hæreditate cedit, *l. 7. in fin. cum l. seq. quand dies legat.* quando autem extraneo; cedit statim à morte testatoris, sicut in cæteris omnibus legatis, exceptis conditionalibus & quæ ad hæredẽ non transeunt, *l. 2. cum 3. seqq. d. tit. l. un. §. in novissimo, 5. & §. seq. C. de cad. toll.* Consentaneum igitur omninò est, ut peculium legatum servo crescat, eumque sequatur cum omni augmento usque ad aditam hæreditatem: extraneo, augeatur quovis quidẽ modo usque ad tempus mortis testatoris; cæterùm quod jacente hæreditate extrinsecus accedit, hæredis lucro sit. Quod tamen diximus, peculii legati diem extraneo cedere ex mortis testatoris tempore, ei apertè adversatur, quod ex Iuliani sententia Ulpianus in *l. denique, 8. §. ult. de pecul. legat.* scribit, si ipsi servo peculium legetur, *tempus spectandum, quo dies legati cedit*: si verò extraneo, *mortis tempus*. Ergò in extraneo mortis tempus, non est illud, quo dies legati peculii cedit. Pauciſſimi sunt interpretes, qui hoc animadverterunt: & tamen locus iste cum aliis omnibus, quibus pro certo jure traditur diem legati cedere à tempore mortis testatoris, tam manifestè pugnat, ut sine incusatione Compilatorum pugna hæc sedari non possit. Quid ergò dicimus? Nimirum Ulpianum cum Iuliano respondisse secundum jus suorum temporum, & senatusconsulta, quæ circà legẽ Papiam facta sunt, ex quibus dies legatorum non à morte testatoris, sed ab apertura tabularum cedebat, *d. l. un. §. 1. C. de cad. toll.* Quam ob causam etiam aliam hujus differentiæ rationem afferunt, petitam à conjectura voluntatis testatoris. Id verò antiqui juris vestigium oculos ac manus consarcinatorum fugisse.

Nisi ex rebus peculiaribus] Putà ex partu peculiarium ancillarum fœtúve pecorum, *d. l. 8. §. ult. de pecul. leg.* Hoc enim cùm accedit, ipsum peculium ex se augetur atque amplificatur; ut hujusmodi augmentum etiam post diem legati cedentem contingens meritò legatarium sequatur, *arg. §. item ea, 19. sup. de rer. div. l. 6. de acq. rer. dom.*

Peculium autem nisi legatum, &c. quamvis si inter vivos] Servo testamento manumisso peculiũ, nisi nominatim ei legatum fuerit, non debetur, *l. si legatus, 24. de pec. leg.* At eum, qui inter vivos manumittitur, placet peculium sequi, si non adimatur, *l. si Sticho, 53. de pecul. l. un. C. de pecul. ejus qui lib. mer.* Quæritur ratio differentiæ. Glossa ex Ioanne hanc affert, quod inter vivos manumissus operas patrono debeat, in quarum compensationem peculium ei relictum credendũ sit: libertus autem Orcinus neque hæredi, neque ulli alii operas præstare teneatur. Schneidewinus ex Io. Fabro hanc, quod dominus servum, quem inter vivos manumittit, majori affectione prosequatur, quàm quem testamento; ac proinde etiam majorem erga illũ exercere intelligatur liberalitatem, quàm erga hunc, cui libertatẽ in id tempus confert, quo rebus suis ampliùs uti non potest. Hinc esse, quod plus mereri dicatur, qui vivens dat eleemosynam, quàm qui moriens &c. Sed quid nodum in scirpo quærimus? Peculium servo vindicta, verbi causa, manumisso relictum, eum neque ut compensatio operarũ sequitur; quippè quas etiam adempto peculio præstaret; neque quia major putatur esse affectio domini erga servum, quem vindicta, quàm quem testamento manumittit: licet enim hoc verum sit, tamen cùm morientes longè simus liberaliores, quàm viventes & adhuc valentes, liberalior quoque ac prolixior interpretatio convenit voluntati morientium, quàm viventium, *l. in testamentis, 12. de reg. jur.* Deniq; & cùm testamento & cùm vindicta servus manumittitur, manumissio ipsa præter libertatem nihil ei tribuit: est enim manumissio non peculii datio, sed libertatis. Sed quod vindicta manumissum peculium sequi placet, si id ei non adimatur, hanc rationem habet, quod duplex in tali casu donatio est; una expressa, libertatis; altera tacita, minimè tamen obscura, peculij. Etenim cùm dominus manumisso peculiũ non adimit, sed id eum jam libertũ sibi habere permittit, hoc ipso nõ obscurè id ei donat ac concedit, cùm si donatũ nollet, posset adimere. Hoc verò in manumissum testamento quadrate non potest, qui non nisi post mortem testatoris libertatẽ consequitur, hoc est,

ea

eo tempore, quo qui libertatem dedit peculium liberto relinquere non potest: & qui cùm poterat, nominatim non reliquit, ideò id apud hæredem suum cum cætero jure manere voluisse censetur, *fac. d. l. Sticho, 53. de pecul. d. l. un. de pecul. ejus qui lib.*

Petitionem pecuniæ, quam in res dominicas] Quamvis quod servus domino expensum tulit, id est,
5 quod ei dominus debet, peculium servi augeat, veniatque in actionem de peculio, *l. 7. §. pen. de pecul.* tamen quia verum debitum non est, nec ex ea causa actio servo competere potest, placet peculio legato id non contineri, *l. 6. §. sicut, 4. de pecul. leg.* Quin etiam responsum est, si servo inter vivos manumisso peculium ademptum non sit, ac proinde concessum, tamen eum debitores peculiares convenire non posse, nisi mandatis sibi actionibus, *d. l. Sticho, 53. de pecul.* adeoque verum videtur, quod Theophilus scribit, peculio legato, τὰ ἐν τῷ χειρῷ ὄντα καὶ ἐν ἑτοιμῷ, *quæ in promptu & in parato sunt*, duntaxat dominum legasse censeri.

Et ex eo reliqua inferre] Ex eo solo, quod quis servum suum liberum esse jussit, si rationes reddidisset, peculium ei legatum defendi non potest: nam nec si vetuisset testator rationes ab eo exigi, peculium ei legatum censeretur, *l. dominus, 23 §. 2.*
6 *de pec. leg.* Cæterùm si rationibus redditis reliqua, id est, quæ putatis rationibus domino eum debere compertum fuerit, de peculio solvere, aut certam summam hæredibus inferre jussus sit, ei quod in peculio superest, legatum intelligitur, *l. 8. §. interdum, 7. d. tit.* Nam qui servum ex peculio, quod debet, aut partem peculii inferri jussit, non potest non videri de cætero aliter sensisse, *per l. quæsitum, 12. §. idem respondit, 43. vers. denique Neratius, de instruct. vel instrum legat.*

TEXTUS.

21. *Tam autem corporales res legari possunt, quàm incorporales: & ideò quod defuncto debetur, potest alicui legari, ut actiones suas hæres legatario præstet; nisi exegerit vivus testator pecuniam. Nam hoc casu legatum extinguitur. Sed & tale legatum valet*; Damnas esto hæres meus domum illius reficere: *vel* Illum ære alieno liberare.

NOTÆ.

21. QUAM INCORPORALES] Ut usus, ususfructus, servitutes prædiorũ, actio seu nomen debitoris, *l. 41. pr. de leg. 1. tit. de usu & usufr. leg. de serv. leg.*

QUOD DEFUNCTO DEBETUR] *l. 75. §. 1. & 2. l. 82. §. 5. de leg. 1.* Estque id legatum, quod passim nominis appellatur, *l. 44. §. 6. eod. 1. l. 34. l. 59. eod. 3. l. 18. C. eod.*

ACTIONES LEGATARIO PRÆSTET] *d. l. 44. §. 6. d. l. 75. §. 2. eod. 1.* Sed & non expectata cessione actionum directarum utilibus suo nomine experiri potest, *l. 18. C. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Legato nominis quid contineatur.*

2 *Extingui hoc legatum, si dum vivit testator, debitum exactum fuerit, aut etiam ultrò solutum & quare.*

3 *Admitti tamen hic probationem non mutatæ voluntatis ex facti circumstantiis.*

4 *Quid juris, si cùm debitum peti cœptum esset, testator inter moras judicij, aut nondum facta solutione, decesserit.*

5 *Etiam facta legari posse, ut qui jussus est facere, parere debeat: & quibus conditionibus.*

Concludi hic videtur locus de rebus, quæ rectè legentur. Duo autem sunt, quæ hoc §. docemur. Unum est, posse legari tam res incorporales, quàm corporales. In textu trajectio est. Alterum, non solùm res, quæ propriè & specialiter ita dicuntur, legari posse, sed etiam facta.

Quàm incorporales] Non modò res corporales, ut fundus, ædes, homo, vestis, aurum, argentum, pecunia numerata, &c. legari possunt: sed etiam incorporales, ut usus, ususfructus, servitutes prædiorum, pars hæreditatis aut bonorum liberatio, actio seu nomen debitoris. Et hoc est, quod Iurisconsultus ait, & corpora omnia & jura & servitutes legari posse, *l. cætera. 41. in pr. de legat. 1.* Quid usu, usufructu, quid servitute legata legato contineatur, explicatur propriis, *tit. in π'.* quid legata parte hæreditatis, *l. 8. §. ult. de legat. 2. l. mulier, 22. §. ult. ad sen. Treb.* quid parte bonorum, *l. 9. de legat. 2. l. non ampliùs, 26. §. 2. l. si quis, 23. de legat. 1.* De liberatione legata, & quid eo legato contineatur, diximus sup. §. *si quis debitori, 13.* agiturque de eo item tit. proprio in π'. Hic de legato nominis agendũ est.

Quod defuncto debetur, potest alicui legari] Quod mihi debetur, & debitori meo rectè lego, legatum dicitur liberationis, & tertio alicui. Veluti, *Centum, quæ mihi Seius ex causa mutui debet, Titio do, lego, l. si sic legatum, 75. §. 1. & 2. l. non quocunque, 82. §. pen. de legat. 1.* estque id legatum, quod passim nominis appellatur, *l. servum, 44. sed etsi*

etsi, 6. *de legat.* 1. *l.* 11 §. *ergò*, 13. *l. nomen*, 34. *l. qui chirographum*, 59 *de legat.* 3. *l. ex legato*, 18. *C. de legat.* Qui chirographum legat, debitum quoque seu nomen aut actionem legare intelligitur, non tabulas solùm, *d. l. servum*, §. *eum*, 5. *de legat.* 1. *d. l. qui chirographum*, *eod.* 3.

1 *Vt actiones legatario præstet*] Legato nominis nihil ampliùs continetur, quàm ut actiones suas hæres præstet; *d. l. servum*, §. *sed & si*, *d. l. si sic legatum*, §. 2. *l. legatum*, 105. *de legat.* 1. Ex quo intelligere possumus, nomine legato neque pecuniam ab hærede posse exigi, neque periculo ejus nomen esse; sed cessione actionum. licet inanium, si fortè debitor solvendo non sit, hæredem defungi: tum etiam nullum esse tale legatum, si nihil debeatur, & vel eo etiam casu, quo certam quantitatem testator expressit, veluti si dixerit, *Decem, quæ mihi Seius debet, Titio lego*, *d. l. si sic legatum*. §. 2. Atque olim quidem sive nomen legatum fuerat, sive venditum aut donatum, nulla actio legatario, venditori aut donatario prodita erat, qua suo nomine cum debitore experirentur; sed exspectandum iis erat, donec hæres aut creditor actiones suas mandaret: quibus mandatis, non suo, sed mandantis nomine, & procuratores in rem suam experiebantur. Posteà verò his utiles actiones adversus debitores tribui cœperunt, quas suo nomine, non exspectata cessione directarum, exercerent, *l. ex legato*, 18 *C. h. t. l.* 5. & *l.* 7. *C. de hæred. vel act. vend. l. si cum*, 16 *in pr. de pact.* Quod ideò videtur constitutum esse, quia cessio actionum sæpè protrahebatur: & interdum nec cedi actio potest, ut in specie, *l.* 1. *C. de obl. & act.*

Nisi exegerit testator pecuniam] Nominis legatum
2 ita demùm effectum habet, si debitū à vivo testatore exactum non fuerit; cæterùm si testator post factum testamentum pecuniam à debitore exegerit, legatum extinguitur, teste Ulp. *d. l. si sic legatum*, §. 2. *de legat.* 1. Quod hic confirmat Iustinianus. Ratio hujus rei est, quia testator exacto debito quod legaverat, ademisse legatum videtur; quemadmodum & ille, qui rem legatā posteà alienavit, *l. fideicommissa*, 11. §. *si rem*. 12. *& seq. de legat.* 3. Quin alia etiam ratione, eaque fortiore id hic efficitur, quàm ubi res legata posteà alienatur. Nam res tametsi alienata est, durat. legatumq; consistere potest, licet res aliena facta sit: at cùm nomen exactū est, extinguitur ipsa substantia debiti, ἡ οὐσία τῦ χρέους, hoc est, illud ipsum, quod legatū est, perimitur, ne frustrà desideraturus sit legatarius actiones sibi ab hærede præstari, quæ nullæ supersunt. Hæc differentiæ ratio indicatur, *d. l. fideicommissa*, §. *ergò*, 13. *& d. l. si sic legatū*, §. 2. nec absimile est, quod traditur, in *l.* 7. §. *liberatio*, *de lib. leg.* legatū liberationis evanescere, si dum vivit testator, debitum exactū fuerit. Sed & si ultrò, quod debebatur, solutū est, vel acceptilatione aliáve qualibet ratione debitor liberatus, legatū nominis, sicut & liberationis extinguitur, *l. si id*, 21. *de lib. leg.* Enimverò 3
etiam hic admittitur probatio non mutatæ voluntatis ex facti circumstantiis, *l. pen.* §. *ult. de adim. leg.* Finge, ideò nomen exactū esse, quia fortè debitor ad inopiam vergebat, & pecuniā pro depositō testatorē habuisse; poterit legatū aut fideicommissū peti, quasi non hoc animo testator debitū exegerit, ut legatū adimeret, *d. l. fideicommissa*, §. *ergò*. Petetur autem hoc casu legatū rectà ab hærede: nam frustrà etiam hic legatarius ageret cum hærede, ut actiones sibi cedantur. Quippè quæ debitore liberato nullæ supersunt. Similiter si debitor ultrò pecuniam obtulit, & acceptā item pro depositō testator habuit, placet legati aut fideicommissi petitionem supersse, quasi voluntate nō mutata, *d.* §. *ergò*, *l. fideicommissa*. Exigi verò etiam in hoc casu videtur, ut in depositō sit habita pecunia: secus autem esse, si ut in solutū data, ita simpliciter in solutū accepta sit, *arg. d. l. fideicommissa*, §. *ergò*, *d. l. si id*, 21. *de lib. leg.* ubi simpliciter Iurisconsultus respondet, solutione debiti extinguilegatū nominis. Glossa tamē distinguendū putat inter debitorem, qui ultrò solvit, & qui à creditore conventus: quam distinctionē Schneidewino probari video. Ait, *nisi exegerit*. Quid ergò, si cùm pecunia peti cœpta esset testator inter moras judicij, aut etiam post sen- 4
tentiam nondū facta solutione decesserit? *Bartol. in l. nepoti, de instruct. vel instrum. leg.* eumq; secuti *Angel. & Mynsh. hic.* putāt, eo casu petitionē legati superesse, nec intelligi ademptum legatum, quamdiu res non desiit esse planè integra. Et verò si rem legatam vendidisset testator, eaque nondū tradita decessisset, legatum pro extincto non esse habendum probat text. in *l. prædia*, 27. §. *liberto*, 3. *de instruct. vel instrum. leg.* Quod etiam nobis videri suprà diximus in §. *si rem*. 12. Sed non sunt hæc prorsus similia. Et alienatio rei legatæ non necessaria, & petitio debiti, argumenta sunt mutatæ voluntatis. Cæterùm nuda venditio seu quæ traditione consummata nō est, pro alienatione non habetur, quod effectum attinet ademptionis: ideò scilicet, quia traditio arbitrij venditoris ejusdemque testatoris est, qui rei dominio, quod transferre poterat, retento, & maximè si nec pretiū acceperit, nō videtur protinus legatū ademptū voluisse. Non debet autem legatario prodesse, quod moras nectit debitor, aut judex sententiam differt. Adde quod actio in judicium deducta consumitur, licet nova nascatur judicati. Nihil sanè pro Bartoli sententia facit, *d. l.* 6. *de*

instr. leg. Nam in specie illic proposita vel maximè debetur, quod exactum est, idque pro confesso sumitur: sed dubitatur, an si debitor condemnatus vivente testatore nõ satisfecit, etiam ejus petitionem legatarius habeat, quod ex sententia judicis debitum nec dum solutũ est, propter verba legati. *Quod meum erit.* Quibus testator usus proponitur.

Damnas esto hæres domum illius reficere] Etiam facta, ut diximus, rectè legantur aut in fideicommissum deducuntur. Id est, damnari potest hæres, aliúsve, qui testamento obligari potest, rogari, ut aliquid in gratiam alterius faciat, vel non faciat; & qui jussus aut rogatus est, parere debet; modò ne quod fieri scriptum est, contrà jus vel bonos mores sit, *l. si quis, 112. §. pen. de legat.* 1. aut æstimationem non recipiat, veluti si hæres liberos suos emancipare jussus sit, aut extraneum aliquem adoptare, *l. filiusfa. 114. §. sed si, 8. de legat. 1. l. uxorem, 41. §. ejus hæres, 8. de legat. 3.* junge tamen, *l. si cui, 92. de cond. & dem.* Facere jubetur hæres & licitè in exemplis hic propositis, cùm damnatur domum alicujus reficere, vel aliquem ære alieno liberare, & similibus, veluti si jubeatur alteri domum vel monimentum extruere, aut fundum vendere, *l. mortuo, 49 § ult. de legat. 2. l. si cui, 49. § antepen. & seqq. eod. 1. l. fideicommissa, §. ult. eod. 3. Paul. 3. sent. 6.* Non facere, veluti si vetetur fundum aut domũ aliámve rem alienare extrà familiam, *d. l. filiusfa. §. cum pater, 15 de legat. 1. l. peto, 69. §. fratre, 3 eod. 2.* Planè si id, quod fieri jussum est, ad nullius utilitatem pertineat, veluti si testamento quid vetitũ alienare, nec causa expressa sit, & persona ignoretur, propter quam testator id fieri velit, placet scripturã, quasi nudum præceptum contineat, nullius momenti esse, *d. l. filiusfa. §. Divi, 14. l. pater, 38. § Iulius, l. Lucius, in pr. de legat. 3.* Ejusdem generis sunt, quæ à Papiniano dicuntur ineptæ defunctorum circà sepulturam voluntates, veluti ut vestes aut ornamenta in funus impendantur, *l. servo, 113. §. ult. de leg. 1. l. ult. de aur. leg.*

TEXTUS.

22. *Si generaliter servus, vel res alia legetur, electio legatarij est, nisi aliud testator dixerit.*

NOTÆ.

22. SI GENERALITER] Valet legatum generis cùm corpora ei subjecta sunt uniusmodi, eadem forma interna & natura constant, veluti si homo, equus aut bos legetur: aliàs inutile est, v. c. si animal legatum sit. Sed & si domus legata sit aut fundus, nec fundũ ullum aut domum testator habeat, magis derisorium, quàm utile legatum est, *l. 69. § 4 de jur. dot* fac. *l. 71. de leg. 1.* nimirùm quia ista certam determinationẽ à natura non habent, & nimiùm quàm utilitate distant, *l. 24. §. 2. eod. 1.*

ELECTIO LEGATARII EST] *l. 108. §. 2. eod. 1. l. 2. § 1. de opt. leg* ut & in rebus disiunctim legatis, *l. 34. §. pen. eod. 1. l. 23 eod 2.* Aliud est in contractibus, *§ 33. vers. Huic autem, inf. de act. l. 10 in fin. de jur. dot.* Neque enim tam largam contractus, quàm ultimæ voluntates interpretationem recipiunt, *l. 12. de reg. jur.* Non est autem electio hæc planè libera, *v. l. 37. de leg. 1.*

ALIUD TESTATOR DIXERIT] Aut sermonem ad hæredem direxerit, ut in formula legati damnationis: nam per exæquationem legatorũ nihil derogatum voluntati testatoris, *§. 2. sup. eod.* Wes.

COMMENTARIUS.

1 *Quid prudentibus sit genus, quid species.*

2 *Definitionem hujus §. ad genera summa aut subalterna non pertinere, sed tantùm ad genus infimum; nec tamen aliter, quàm si species huic generi subjectæ certam à natura habeant determinationem.*

3 *Si res generi legato subjectæ natura determinatæ non sunt, legatum inutile esse, nisi testator res ex eo genere habeat: & num hoc etiam in fundo simpliciter legato obtineat.*

4 *Vbi utile est legatum generis, regulariter electionem esse legatarij.*

5 *Vetus & speciosa inter genera legatorum circà potestatem eligendi differentia.*

6 *An istius differentiæ ratio adhuc habenda, postquàm legatorum omnium una cœpit esse natura.*

7 *Quibus casibus hæredis sit electio, etiamsi testator id non expresserit.*

8 *Electionem in casu nostro non esse usquequaq; liberam: & quid hic jure patrio.*

INsignis hic locus est, & difficilis. Illud primò notandum, genera à nostris dici ea omnia quæ sub appellatione communi plures res huic appellationi subjectas continent, etiam ea, quæ plerique Dialecticorum species esse ajunt, genera esse negant; cujusmodi sunt, verbi causa, homo, equus, bos: species autem nostris esse, quæ Dialectici vulgò vocant individua, & non esse species contendunt, ut Stichus, hic equus, hic bos. In quo nostri communem usum loquendi sequuntur: veluti cùm dicunt, in mutuo recipi non eandem speciem,

speciem, sed genus; pro quo in scholis dicerent, non idem numero, sed idem specie. Quinetiam ex sententia quorundam philosophorum reverà quæ de individuis prædicantur, genera sunt, scilicet infima, individua ipsa species, nempè specialissimæ; atque adeò ab ipso etiam Aristotele sic appellantur, ut videre est, *l. 2. philosc. 3. & lib. 4. c. 4. item lib. 1. de part. animal. c. 4.* Deinde non omne legatum generis valere. Interpretes primum & rectè hinc removent genera summa & subalterna, veluti si quis substantiam, corpus, aut animal simpliciter leget: quia in his ea est infinitas generis, ut rem levissimam ex eo genere, & vel minimã de mundo, ut loquuntur, hæres præstando liberaretur. Dein in genere infimo, quod, uti diximus, in scholis est infima species, rectè distinguunt inter res huic generi subjectas, ut, si tales sint quæ certam determinationẽ habeant à natura, ut homo, equus, bos, earum rerũ generaliter relictarum legatũ valeat, *l. 13. l. legato, 37. in pr. l. si servus, 108. §. 2. de legat. 1. l. hæredes, 25. §. si incerto, 17. fam. ercisc.* Si verò natura determinatæ non sint, ut fundus & domus, (quippè quæ non natura, sed destinatione hominis constituuntur, *l. 24. §. quod si, de legat. 1. l. locus 60. de verb. sign.*) in eo omnes consentiunt, ut si testator nullas ædes aut fundos habuerit, ex simplici harum rerũ legato nihil debeatur, magisque derisorium tale legatum sit, quàm utile, *leg. si domus, 71. de legat. 1. leg. cum post, 69 §. gener. de iur. dot. l. ita stipulatus, 115. in pr. de verb. obl.* utpotè quod à superiore nihil aut parum utilitate distet; aut, quod magis puto, quia his rebus simpliciter legatis, nullisque à testatore relictis, tanta est incertitudo, ut nullo modo definiri possit, quantum præstari debeat, ac proinde similiter habendũ, ac si corpus ignotum legatũ sit, *d. l. cum post. §. gener.* Quod si testator fundos aut ædes habuerit, ædibus simpliciter legatis, omnes consentiunt, legatũ esse utile, unasque ex his, quas testator reliquit, deberi; estque in eam rem textus apertus in *d. l. si domus, in pr.* At si fundum in genere legaverit, alii non magis hoc casu legatum valere putant, quàm si nullos fundos testator habuisset: alii tam fundi legatum utile esse, quàm domus, unumque ex fundis, quos testator regionibus distinctos habuit, præstandũ. Pro illis facit, quod generaliter traditũ est, fundo non demonstrato nec legatũ ullum nec stipulationẽ esse, *d. l. cum post, §. gener. d. leg. ita stipulatus, in pr.* pro his exemplũ ædiũ legatarum, *d. l. si domus, de legat. 1.* quarum & fundi hactenus eadem ratio videtur, *argum. d. l. 24. §. pen. de legat. 1.* tum quod cum testator generaliter rem aliquam legat, dari jubet, de suis eum rebus sensisse existimandus sit, uti responsum est, si quis hæredem damnaverit vinum, oleum, frumentũ dare, non adjecta quantitate, hoc legatum sic esse accipiendum, quasi testator legasset vinũ, oleum, frumentum suum, & tantùm, quantùm ex his generibus habuit, *leg. 7. de trit. vin. ol. leg.* Cui sententiæ, quæ est Petri de Bellapert. in *d. l. ita stipulatus.* Ego quoque accedo; quamvis contraria pluribus probata dicatur: quod tamen & ipsum incertum est, vel teste Gomezio & ipso contrariæ sententiæ assertore, *1. resol. 12. n. 32. & 2. resol. 11. n. 9. consul. D. Don. in d. l. ita stipulatus, n. 13. & seqq.* ubi simul docet stipulationis & legati non eandem per omnia in proposito rationem esse: quod & verum esse vel ex sola collatione, *d. l. 7. de tritic. vin. leg & l. triticum. 74. de verb. obl.* apparet. Quinimò, etsi nullum fundum nullasve ædes testator habuerit, ex æquitate tamen juris Can. atque ex verisimili mente defuncti simplex harum rerum legatum sustinendum esse, & pro modo facultatum ejus, dignitate ac charitate vel necessitudine legatarii statuendũ, quales præstari debeant, post Archidiac. Panorm. Felin. & Alexandrum censet idem Gomezius *d. l. n. 10.* ac moribus quoque id receptum tradunt *Autum, confer. du droict. ad d. l. 71. Grot. 2. introd. 22.*

Electio legatarij est] Ubi utile est legatum generis, placet electionem non hæredi, sed legatario 4
dari, ut hic scriptũ est, & in *l. 2. §. 1. de opt. leg.* Idemque est, si plures res disjunctim legatæ sint, veluti Stichus aut Pamphilus, *l. planè, 34. §. pen. de legat. 1. l. si is cui, 19. Q. Lucio, 33. eod. 2.* Aut si ex duabus pluribusve rebus nominatis una legata fuerit; putà si sic testator dixerit, *Ex duobus servis meis unum Titeo do, lego, l. qui duos, 20. de legat. 1.* Diversi autem casus sunt, qui proponuntur in *l. si quis, 32. §. 1. l. cum servus, 39. l. scio, 6. eod.* Cæterum additur hic exceptio, *nisi aliud testator dixerit,* Addamus & alteram, *nisi sermonem ad hæredem direxerit*; nisi potius dicimus, hoc etiam verbis illis, *nisi aliud dixerit,* significari. Sed etsi testator aliud non dixit, magna tamen adhuc cautione, quod hic simpliciter definit Justinianus in legato generis legatarii electionem esse, indiget. Jure veteri etiam, cùm genere legato, aut duabus rebus disjunctim, de jure eligendi quæritur, differentia erat inter genera legatorum. In legato vendicationis legatario, in damnationis, hæredi, electio permittebatur: cujus differentiæ testimonia non obscura videmus in *l. planè, 34. §. pen. l. si à substituto, 45. §. 1. l. si hæres, 110. de legat. 1. d. l. si is cui, §. Lucio, l. si ita, 43. §. ult. eod. 2. l. qui concubinam, 29. §. 1. eod 3.* Hoc autem & voluntas testatoris exigere visa est, & ratio juris. Voluntas testatoris: quippè qui in legato vendicationis sermonem confert ad legatarium, ei dans, legans, 5

eum sumere, capere, sibi habere jubens. In legato autem damnationis hæredē alloquitur damnans, jubénsve eum dare aut facere. Ratio juris, quia is, cui per vendicationem res legata erat, non tantùm eam actione in personam ex testamento petere poterat, sed etiam jus eam vindicandi habebat, & petendi actione in rem. Par autem est, ei electionem tribui, qui rem vendicare potest, quod significat African. *l. si servus*, 108. §. 2. *de legat.* 1. ubi ait, ejus electionē esse oportere; cui potestas sit, qua actionem uti velit. At cui per damnationē quid relictū erat, is eam rem vendicare non poterat, sed tantùm in personam ex testamento agere, hæredemque ut debitorē quasi ex contractu obligatum convenire, hujusmodi putà formula, *Aio, te mihi servum dare oportere*; aut hoc. *Aio, te mihi Stichum aut Pamphilum dare oportere.* Itaque juris ratio postulabat, ut hic hæredi concederetur electio, exemplo cæterorum debitorū, quorum regulariter electionē esse in debito generis, aut pluribus rebus disiunctim promissis, constat, §. *si quis agens*, 33. *vers. huic autem, inf. de act. l. plerumq;, in fin. de jur. dot l ubi autem*, 75. §. *qui illud*, 7. *de verb. obl.* Quæritur verò, an hodie distinctionis istius ulla porrò ratio habenda sit. Nam
6 postquàm Iustinianus differentiam generum legatorum sustulit, legataque omnia sic exæquavit, ut etiam jus vendicandi, à quo jus eligendi pendere videtur, per *d. l. si servus*, 108. §. 2. *de legat.* 1. ex omnibus concesserit; *l.* 1. *C. comm. de legat.* multis visum est, electionem legatarij factam perpetuam, neque ex modo legandi amplius æstimandam. Verùm ego eorum sententiam veneror, qui negant, legatorum illam exæquationem ad effectum, de quo hic agimus, trahi oportere: quippè quæ, ut suprà quoque monui, sic semper accipienda sit, ut ne quid admittatur contrà voluntatem testatoris. Utri autem electionē tributam testator velit, legatariónе, an hæredi, non potest apertiùs declarare, quàm cùm jubet aut legatarium vendicare, aut hæredem dare. Illic enim, cùm verba executiva, ut loquuntur, ad legatarium dirigit, apertissimè significat, se eligendi quoque potestatē ei facere: hic verò cùm eadem verba ad hæredē refert, hoc ipso contrà ostendit, se hæredis arbitrio permittere, quàm rem velit, dare. Et igitur si ita testator legaverit, *Hæres meus damnas esto hominem dare*; vel sic alternativè, *Hæredem meum Stichum aut Pamphilum dare jubeo*; in his legatis dicimus, etiam nunc hæredi electionē concedendam, non obstante suprà dicta exæquatione. Nihil enim magis rationi repugnat, quàm ut ibi electionem tribuamus legatario, ubi eam testator tam manifestè permittit hæredi. Quamobrem nec vindicationē legatario antè dari oportebit, quàm hæres declaraverit, quid ex genere, aut rebus disiunctim hoc modo legatis præstare velit. Atque hanc sententiam post *Gloss. Bart. & comm DD in l. Lucio*, 23 *de legat. 2. & in leg. legato*, 27. *eod.* 1. probat *Gomez. 2. var. resol.* 11. *num.* 43. nec non summi viri *Covar. in c. indicante, num.* 3 *x. de testam. Ant Fab.* 6 *coni.* 1. *VV. semb & Bachov hic.*

Nisi aliud testator dixerit] Aliud dixisse testator intelligi debet, non tantùm si expressis verbis hæredi electionem permiserit, *l. servo*, 12. *de opt. leg. l. hujusmodi*, 84. §. *Stichum*, 9 *de legat.* 1. *l.* 11. *in fin. eod.* 2. verùm etiam si verba legati executiva ad hæredē direxerit, ut fit, cùm quid per damnationē ab hærede legatur, ut jam dictum & demonstratum est. Planè enim, cùm ex voluntate testatoris tota hæc res æstimanda sit, parum interest, verbis, an per modū legandi voluntatem suam declaraverit. Sed etsi testator aliud non dixerit, opus tamen hic est non una cautione. Nam neque ad res omnes gene- 7
raliter legatas definitio Iustiniani pertinet, & ad quas pertinet, in his electio legatarii non est infinita. Sciamus igitur primùm, definitionē tantùm pertinere ad eas res, quas ex eo genere testator habuit, si nullas habuit, placere, hæredis arbitrio potius rem permitti, quàm legatario infinitā electionem dari, de qua verisimile nō est testatorē sensisse cum tam insigni onere hæredis, *arg. l. unum*, 67. §. *si rem*, 8 *de legat.* 2. & quòd de vino certæ quantitatis expressè traditum est, *l.* 3. *de tritic. vin. leg.* non est dubiū, quin ad cæteras quoq; res pertineat: idemque dicendum sit, non solùm si certa quantitas, verùm etiam si corpus in genere legatū fuerit, putà servus, nec ullum servum testator reliquerit. Id quod etiam ex eo efficitur, quia rei, quæ testatoris non fuit, vindicatio legatario competere non potest: at illa cessante nulla electio, *d. l si servus*, 108. §. 1. *de legat.* 1. Deinde nec pertinere definitionē ad res omnes quas testator ejus generis habuit, sed ad corpora tantùm, aut species, non ad quantitatem: quippè quæ undecumque sumi & solvi potest, *l.* 4 *de tritic. leg. l. Titia*, 35 §. 1. *de aur. arg. leg.* & qua legata ut quantitate, nec actionis electio nec vendicatio est. Sed & cū corpora genere legato contēta certis finibus natura circumscripta nō sunt, qualia sunt, domus, navis, fundus, nō legatarij, sed hæredis electio est, qui rem unam, quā volet, ex his, quas testator habuit, legatario dabit. De domo legata hoc apertè scriptū est in *l si domus*, 71. *in pr. de legat.* 1 quapropter dubitandū non est, quin idem obtineat, si navis simpliciter legata sit, aut fundus, posito, quod nos putamus, fundi legatū valere, si testator fundos habuit. Ratio est non ea, quā vulgò afferunt, quod hæres præsumatur melius scire, de qua re testator

senserit

senserit; nam hæc ratio in hæredibus extraneis, in impuberibus, furiosis, &c. locum non habet; & si vera esset, hæredi indistinctè tribui deberet electio: sed ne, si legatario hic electionem concedimus, hæredem, suprà quàm credibile est testatorem valuisse, oneremus, quæ conjectura legis est, *d. l. unum, 67. §. si rem, de legat. 2. Mantic. de conject. ult. vol. lib. 3. tit. 1. n. 26.* Nam inter ædes, & ædes, inter navem & navem, inter fundum & fundum fieri potest ut nulla sit proportio, & major distantia, quàm inter Mantuam & Romam; inter viburna & cupressos: quam ob causam etiam his rebus generaliter legatis, si testator nullas ejus generis habuit, legatum inutile habetur. Estque hæc etiam interpp. nostrorum communis opinio, teste *Gomez.* quàm ipse & probat, *2. var. res. 11. n. 9.* Auctoritas Pandectarum Florentinorum (in quibus hæc scriptura est, *in pr. d. l. si domus. Si domus alicui simpliciter legata sit, cogentur hæredes quam vellet, domum ex his, quas testator habuit, legatario dare.*) me aliquando movit, ut etiam domo aut re alia ejusdem conditionis indistinctè legata, putarem legatario electionem competere: sed plus apud me nunc valet consensus reliquorum omnium exemplarium, in quibus constanter legitur, *cogetur hæres, quam domum volet, &c.* ob rationem allegatam: & scriptura Florentina orationem efficit duriorem. In editione Haloandri legitur, *cogentur hæredes, quam domum volent, &c.* quæ scriptura etiam certiùs, quàm vulgata, hæredi electionem tribuit.

8 Postremò sciendum est, etiam tunc cum legatario electio datur, non dari infinitam & per omnia liberam, ut possit ex genere legato quodcunque velit, etiam optimum eligere; putà verbi causa, homine generaliter legato, actionem: sed conclusam intrà modum, ut ne optimum accipiatur, *l. legato, 37. de legat. 1.* Unde apparet, veteres in tota hac electione id semper egisse, ne immensum quid tribueretur legatario, néve hæres nimis oneraretur. Illud expeditum est: si de certo servo, aut re alia testator senserit, nec appareat de qua, hæredis electionem esse, *d. l. legato, §. 1. fac. l. si quis, 32. §. 1 l. cum servus, 39. §. scio, 6. eod.* Secundùm jus harum regionum sic in dubio, genere legato, circà electionem definiendum censet Grotius, *lib. 2. manuduct. cap 22.* Si ejus generis, quod legatum est, res sint in bonis defuncti, legatario electionem permittendam, sive res istæ naturalem determinationem habeant, ut equus, sive arbitrariam, ut domus, navis. Sin autem defunctus nullas ex eo genere res habuerit, aut si res pondere mensuráve constans simpliciter legata sit; tum hæredi permittendum unde velit, hujus generis rem sumere & præstare: id enim voluntati defuncti, cujus solius apud nos ratio habetur, maximè videri consentaneum. Cæterùm neque posteriore hoc casu hæredem defungi pessimum dando; neque priore illo legatarium posse optimum vendicare, extrà quàm si duæ tantùm species istius generis in hæreditate defuncti reperiantur.

TEXTUS.

23. *Optionis legatum, id est, ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat olim in se conditionem: & ideò nisi ipse legatarius vivus optasset, ad hæredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostra & hoc in meliorem statum reformatum est, & data est licentia hæredi legatarij optare servum, licet vivus legatarius hoc non fecerit. Et diligentiore tractatu habito, & hoc in nostra constitutione additum est, sive plures legatarij extiterint, quibus optio relicta est, & dissentiant in corpore eligendo: sive unius legatarij plures hæredes sint & inter se circà optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum, (quod pleriq; prudentium contrà benevolentiam introducebant) fortunam esse hujus optionis judicem, & sortè hoc esse dirimendum, ut ad quem sors pervenerit, illius sententia in optione præcellat.*

NOTÆ.

23. HABEAT IN SE CONDITIONEM] σιωτηρῶς: quod tamen à Theophilo additum non est, ut quidam falsò tradunt.

CONSTITUTIONE NOSTRA] Extat in *l. ult. C. comm. de legat.*

SORTE ESSE DIRIMENDUM] Frequens admodum etiam apud veteres sortis judicium, *l 14. de judic. l. 5. fam. erc. l. 24. §. 14. de fideic. lib.* ubi sc. animi judicio negotium explicari non potest: aliàs sorti res non committitur, *l. 8. de pact. § 1. sup. de satisd. tut. l. 47. in fin. pr. C. de episc. & cler.*

COMMENTARIUS.

1 *Legatum electionis idem esse, quod optionis: diversum autem à simplici legato generis & alternativo.*

2 *Legatum generale & alternativum, quantum-*

vis cum iure eligendi, non esse idem cum eo, quod optionis dicitur.

3 *Optionis legatum habuisse olim in se conditionem, carnij, cohærentem personæ legatarij, ita ut ad hæredes non transmitteretur.*

4 *Explicatur l. si sic legatum §. pen. de legat. 1. reiecta interpretatione Donelli.*

5 *Notatur inconsiderantia Bachovij.*

6 *In l. ult. C. comm. de legat. nihil cautū de iure optandi transmittendo: sed temerè diversos casus misceri.*

7 *Frequens fuisse apud veteres iudicium sortis; qui & micatione digitorum usi.*

QUidam putaverunt, aliud esse legatum optio-
1 nis, aliud electionis; quod falsum esse, atque utroque vocabulo significari specialem ac solemnem electionem, manifestè apparet ex *l. 5. de legat. 1. l. 1. l. 2. in pr. & §. ult. l. 4. l. si tibi, 8. in pr. & pass. ff. de opt. vel elect. leg.* Cæterùm legatum optionis seu electionis diversum esse à simplici legato generis aut alternativo, certum est, *d. l. 2. in pr. & §. 1. l. cum ita, 9. §. 1. d. tit.* Nec una inter hæc differentia est. Nam primùm in legato optionis solemnis est expressa electio; in legato autem generis & alternativo inest quidem etiam electio, sed tacita & simplex, non solemnis. Deinde optionis legatum semper relinquitur per vendicationem: generis aut alternativum sæpè per damnationem. Hinc est, quod in legato optionis electio sit essentialis, atque ea,
2 legata optione, non possit non esse legatarij, in legato autem generali & alternativo nonnunquam hæredi electio competit; vel quia expressè ei data est, vel quia forma legandi tacitè in eum collata. Præterea generis legatū purū est, ac proinde si antequàm vendicet legatarius decesserit, ad hæredē transmittitur, *l. nec semel, 12. §. pen. quand. de leg. ced.* at optionis legatum habebat olim in se conditionem, scilicet si ipse legatarius optasset, ut hic ait Iustinianus: eratque adeò jus hoc optandi merè personale, ut in hæredē transferri nō potuerit. Adhæc cui genus legatum est, ei optimū ex eo genere eligere nō licet, *l. legato, 37. de legat. 1.* ei autem licet, cui legata est optio, *l. si quis, 9 §. 1. de dol. mal. Grot. 2. manud. c. 22.* excepto casu speciali, *l. ult. §. 1 C comm. de leg.* Denique optio solemnis numeratur inter actus legitimos *l. actus, 77. de reg. iur.* quò sanè referri non potest simplex, quæ legato generis inest, electio. Planè in *d. tit. de opt. leg.* occurrunt quidem etiam loci, in quibus tractatur, genere legato, cui arbitrium eligendi permittendum sit, ut in *l. 2. §. 1. l. servo, 12. l. si Pamphil. 10.* sed aliter fieri non potuit propter affinitatem, quam alterum legatum cum altero habet. Est enim in utroque electio; & in eo quoque conveniunt, quod semel duntaxat optare aut eligere licet, *l. 5. de legat. 1. l. apud Ausidium, 20, de opt. leg. fac. l. huiusmodi, 84. §. Stichum, 9. de legat. 1. l. Statuliberum, 11. in fin. eod. 2.* Idem in his, quod in utroque legato singulæ res quodammodo sub conditione legatæ intelligantur, *l. 3. qui & abs quib. man.* quod res omnes, quarum aut genus aut optio legata, exhibendæ, *l. 4. de opt. l. 3. § item si, 6. ad exhib.* Quin amplius, etiamsi in legato generis aut alternativo nominatim facultas eligendi legatario data sit, veluti si ita testator dixerit, *Titio servum, quem voluerit, do, lego:* vel, *Illud aut illud, utrùm elegerit:* puto tamen, nihilo magis optionem legatam; sed pro simplici legato generis aut alternativo hoc etiam habendum, *arg. l. illud, 19. de opt. leg.* Propriè enim optio legata dicitur, cùm ipsa electio, Τὸ αἱρεῖσθαι, legatur: veluti si dicat testator, *Titio optionem servorum meorum do, lego:* quo casu tres servos eligi posse rescriptum est, *l. 1. eod.* vel sic, *Titius ex servis meis, quem volet, optato;* vel, *Ex scyphis meis, quem velit, eligito, sibique habeto.* Iulianus in *l. Pamphilus, eod.* verbum optionis in generaliore significatione accepit pro quavis electione.

Habebat in se conditionem] Σιωπηρᾶς Veteres, ut hic commemorat Iustinianus, credebant, legatum optionis in se habere hanc conditionem, *si ipse legatarius optasset.* Quæ quidem conditio etiī tacitè inerat, cujus generis conditiones non solent facere legata conditionalia; *l. conditiones, 99. de cond. & dem.* tamen quia ex voluntate testatoris videbatur proficisci, eandem vim atque effectum habebat, quam habent conditiones cæteræ, quæ ex testamento veniunt, scilicet ut legatum efficeret conditionale. Sed & ipsa conditio legati quasi personæ injuncta ab alio, quàm à legatario ipso impleri non poterat, ut proinde jus eligendi in optionis legato personale esset, & vel ideò ad hæredem mortui antè electionem legatarij transferri non potuerit. Non obstat, *l si sic legatum, 75. §. pen. de legat. 1.* ubi sic scribit Ulp. *Si quis ita stipulatus, Stichum aut decem, utrùm ego velim, legaverit quod ei de-* 4
bebatur, tenebitur hæres eius, ut præstet legatario actionem, electionem habituro, utrùm decem an Stichum persequi malit. Nam ut superiùs diximus, legatum generale aut alternativum, licet cum jure eligendi, non est idem aut ejusdem prorsus naturæ cum legato, quod in specie dicitur optionis. In legato hujusmodi, *illud aut illud,* utrùm elegerit legatarius, est quidem etiam electio personalis, sed hactenus, ut servo aut filio cohæreat, *l. si stipulatus, 76. de verb. obl.* non ut nulla electio decedente legatario post diem legati cedentem ad hæredem jus electionis non transmittatur: transmitti enim,

expres-

expressè scriptum est à Paulo in *l. illud, 19. de opt. leg.* nec illa est inter tale legatum & ejusdem generis stipulationum differentia. Iam verò si stipulatus fuerim illud aut illud, quod ego voluero, mortuo me antè electionem in hæredes obligatio transit, ut idem Paulus respondet in *d. l. si stipulatus, 76. de verb. obl.* Nec est admittendum, quod Donellus in *d. l.* existimat, obligationem transire, electionem non transire; quo nomine etiam reprehenditur à Bachovio hic, nam Donelli illam opinionem cùm ipse locus satis refellit, tum perspicuè species paulò antè proposita ex *d. l. si sic legatum, §. pen. de legat. 1.* nisi enim unà cum obligatione ipsum etiam jus eligendi, quod ex stipulatione testatori quæsitum erat, in hæredem ejus translatum fuisse ponamus, hæres cedendo actionem id jus transferre in legatarium non potuit: quippè quod nec ipse habuit. Inconsideratè autem Bachovius jus electionis ex contractu quæsitum in quæstione proposita distinguit ab eodem jure delato ex testamento, quasi illud non impediatur conditione quominùs ad hæredem transeat, hoc contrà. Nam etsi verum & notissimum est, legatum conditionale, mortuo pendente conditione legatario, intercidere: stipulationem autem sub conditione contractam mortuo antè conditionem stipulatore non extingui, sed spem obligationis transmitti in hæredem: *§. sub conditione, inst. de verb obl. l. 4. l. 5. §. 2. quand. dies leg. l. is cui, 42. de obl & act.* hæc tamen differentia non pertinet ad conditiones, quæ personis injunguntur; qualis sit omninò necesse est in memorata stipulatione, si eam conditionalem facimus, & nempè eadem, quæ in legato optionis, si ipse stipulator elegerit. Conditio omnis in personam certam collata personam non egreditur, deficitque, nisi in persona ejus impleta fuerit, *l. qui hæredi, 44. l. sitta, 69. de cond. & dem.* Hinc jam opinor intelligimus, non temerè credendum iis esse; qui pro certo tradunt, apud Paulum in *d. l. illud, 19. de opt. leg.* scriptum fuisse, *transmitti non placuit*, Tribonianum autem responsum Pauli ad jus novum & constitutionem Iustiniani in *l. ult. C. comm. de legat.* accommodasse sublata negatione.

Ex constitutione nostra data est licentia hæredi legatarij optare] Ubi Iustinianus cavetur, quod hic se caviss dicit, ut legatum optionis ad legatarij, qui non optavit, hæredem transmittatur, non invenio. Interpretes omnes intelligunt, *l. ultim. C. comm. de leg.* & sanè ea, quæ mox sequuntur de dissensione plurium hæredum circà electionem sorte dirimenda, arguunt, eam constitutionem hic significari. Etenim, quod interpretes non animadverterunt, nihil amplius ea constitutione sancitur, quàm ut si hæredes legatarij inter se de electione non conveniant, controversia sorte dirimatur: de jure verò optandi ad hæredes legatarij, antè electionem mortui, contrà rationem juris veteris transmittendo planè nihil ibi cavetur. Imò verò constitutio sic scripta est, ut ex eo nihil aliud colligi posse videatur, quàm quod etiam apud veteres jam olim sic obtinuerit, ut legata optione, si legatarius ipse non optasset, ad hæredes ejus jus optandi traduceretur. Memorat enim, inter veteres dubitatum fuisse, quid statuendum foret, si plures legatarii, quibus optio legata esset, vel unius legatarii plures hæredes circà electionem corporis dissentirent. Inepta profectò dubitatio, si electio in legato optionis merè personalis fuit, hoc est, ita personæ legatarii cohæsit, ut nec ad hæredes ejus transierit. Quid dicam, non habeo, nisi quod Tribonianus diversos casus temerè videtur miscuisse, & casum plurium legatariorum de electione disputantium inconsideratè confudisse cum casu plurium hæredum unius legatarii: quod & Bachovius existimat.

Optare servum] Quod de servo hic dicitur, exempli causa dictum intelligimus, atque ad rem quamlibet, cujus optio legata sit, pertinere, *d. l. ult. C. comm. de legat.* Sic passim videmus, in optionis legato tantùm servorum mentionem fieri; & Papinianus in *l. actus, 77. de reg. jur.* servi optionem refert inter actus legitimos, non quod non idem fuerit in aliarum rerum optione legata: sed quia plerumque servorum potius, quam aliarum rerum optio legari solita erat: unde & de ea sæpius Iurisconsulti & consulebantur & scribebant, id quod manifestè apparet ex lectione totius *tit. de opt. legat.*

Sorte hoc esse dirimendum] Si plures legatarii, vel unius plures hæredes in optando dissentiant, unus fortè qui obstet, constitui, cujus optionem cæteri ratam habeant, expressè cautum est, *d. l. ult. C. comm. de legat.* Frequens autem admodum etiam apud veteres fuisse sortis & fortunæ judicium, ex variis Iurisconsultorum responsis elucet, *l. sed cum, 14. de judic. l. generaliter, 24. §. quid ergò, 17. de fideic. lib.* quanquam vix, ubi negotium animi judicio explicari potest: de quo nos *lib. 1. select quæst. c. 35.* Utebantur antiqui & micatione digitorum. Varro, *Micandum erit cum Græco, utrùm ego illius numerum: an ille meum sequatur.* Cicero *1. de offic. Sed quasi aut sorte aut micando victus, alteri cedat alter.* Suetonius *in August. Patrem & filium pro vita rogantes sorteri aut micare iussit.* Quando autem & quibus casibus res dubia sorti permittenda sit, ab hoc loco alienum est quærere.

7

XI.

TEXTUS.

24. *Legari autem illis solùm potest, cum quibus testamenti factio est.*

NOTÆ.

24. CUM QUIBUS TESTAMENTI FACTIO] Quibus verbis continentur etiam qui ipsi testamentum facere non possunt, modò jus capiendi ex alieno testamento habeant, §. 4. *sup. tit. præc.*

COMMENTARIUS.

TRansit hic Imperator ad partem principalem hujus tituli secundam, in qua agitur de personis, quibus legari potest. Sic autem initio definit, legari illis solùm posse, cum quibus testamenti factio est. Non ait, qui testamenti factionem habent; quo soli propriè significantur, qui testamenti faciendi jus habent; ut ostendimus suprà in §. *testes autem de test. ord.* sed cum quibus testamenti factio est; quo continentur etiam qui ipsi testamentum facere non possunt, modò jus capiendi ex alieno testamento habeant. Quinam autem isti sint, docetur, §. *extraneis*, 4. *præc. tit* De iis, qui capere non possunt, dictum est in hæredum institutione. Olim hac in parte nonnulla inter legata & fideicommissa differentia fuit, poteratque quibusdam incapacibus fideicommissum relinqui, quibus legari non poterat, vel propter conditionem libertinitatis, propter leges Voconiam, Iuliam, Papiam, aut similes, quibus capere, aut totum capere vetabantur: quia de re fortè uberiùs infrà, *sub. tit. de fideic. hær.* Illud nunc sciamus, legibus istis & differentiis incapacium sublatis, nullum ampliùs hac in re discrimen inter legata & fideicommissa superesse.

TEXTUS.

25. *Incertis verò personis neque legata, neque fideicommissa olim relinqui concessum erat. Nam ne miles quidem incertæ personæ poterat relinquere, ut divus Hadrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur, quam incerta opinione animo suo testator subjiciebat, veluti si quis ita dicat*, Quicunque filio meo filiam suam in matrimonium dederit, ei hæres meus illum fundum dato. *Illud quoque, quod iis relinquebatur, qui post testamentum scriptum primi consules designati essent, æquè incertæ personæ legari videbatur: & denique multa aliæ hujusmodi species sunt. Libertas quoque incertæ personæ non videbatur posse dari; quia placebat nominatim, servos liberari. Sub certa verò demonstratione, id est, ex certis personis incertæ personæ rectè legabatur: veluti*, Ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, ei hæres meus illam rem dato. *Incertis autem personis legata, vel fideicommissa relicta, & per errorem soluta, repeti non posse, sacris constitutionibus cautum erat.*

NOTÆ.

25. INCERTIS PERSONIS] Receptum tamen fuit, ut pauperibus, *l.* 24. *C. de episc. & cler.* civitatibus, *l.* 26. *ad SC. Treb. l.* 122. *de leg.* 1. corporibus & collegijs licitis, *l.* 12. *C. de hær. inst. l.* 1. §. 15. *ad Treb.* relicta rata essent.

EX COGNATIS MEIS, QUI NUNC SUNT] Ulp. *d. tit.* 24. §. 17. Verba hæc, *qui nunc sunt*, demonstrationi expressè addita: alioqui incerta adhuc foret demonstratio.

PER ERROREM SOLUTA REPETI NON POSSE] Quia utique naturaliter debentur: cujus obligationis etiam jure civili hic effectus, ut impediat soluti repetitionem, *l.* 13. *l.* 1. *P. de cond. ind. l.* 10 *de obl. & act.* Perperàm Pac. hunc locum restringit ad legata in pias causas.

COMMENTARIUS.

1 *Exponuntur aliquot loci, ex quibus falsò quidam colligunt, etiam iam olim hæreditatem legatúmve incertis personis relinqui potuisse.*

2 *De legatis relictis civitatibus, municipijs, collegijs, pauperibus.*

3 *Cur ejus, quod incertæ personæ relictum erat, per errorem soluti non esset repetitio.*

INcertæ personæ olim neque hæreditas, neque legatum, aut fideicommissum relinqui poterat. *Vlp. tit.* 22. §. 3 *& tit* 24. §. *incertæ, Paul.* 3. *sent.* 6. Ratio hæc erat, auctore Ulpiano, *d. tit.* 22. §. 3. quoniam certum esse debet testantis consilium. Sic enim verba legis duodecim, *Vti quisque legassit*, veteres interpretati sunt, uti quisque certo consilio ac solido judicio statuerit, &c. At hæreditatem bonáve sua, magno sæpè labore quæsita, relinquere incertæ personæ, tam certi consilij non est, ut potius species quædam dementiæ esse

esse videatur. Non est contrarium, quod Marcianus scribit, tale legatum utile esse; *illis, qui testamentum meum obsignaverint, hæres meus decem dato, l. si quis, 14. de reb. dub.* nam quod futuris signatoribus seu testibus legatur, id non incertis, sed certis personis relinqui intelligitur. Etsi enim tunc incerti & testatori ignoti sunt, cùm is privatim voluntatem suam scribit, tamen non possunt non esse certi eo tempore, quo propriè testamentum fieri dicitur, hoc est, cùm solemnia peraguntur, quibus adhiberi testes nisi sciente testatore & rogante non possunt. Non obstat quoque, *l. in tempus, 62. §. 2. de hær. instit.* agitur enim ibi expressè de institutione certæ personæ, quam & testator proprio nomine designavit: sed quia plures erant testatori eodem nomine amici, non apparebat de quo sensisset: cujusmodi in casu audienda est probatio voluntatis; & qui probare poterit, de se sensisse defunctum, admittendus, *arg. l. falsa, 33 §. 1. de cond. & dem.* quamvis toram exceptionem illam, *nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum pro qua persona testator senserit*, responso Iurisconsulti adjectam à Triboniano nullus dubitet, *add. Ant. Fab. 5. coni. 19.* Magis videtur obstare, *l 5. de reb. dub.* Respondet Donellus, proponi illic legatum aut fideicommissum relictum incertæ quidem personæ, sex ex certis tamen; quod etiam olim licuit, ut statim audiemus: quippè verba illa fideicommissi, *Si quis alius restitutionem mihi impetraverit*, cùm Iuliano & Gaio sic interpretanda, si quis alius ex amicis, quorum testator mentionem non fecit. Alii putant etiamsi quis alius curaverit testatorem restitui, non minus fideicommissum deberi, quasi pro beneficio, quod speratur, datum. Porrò ex hoc jure manavit, quod nec civitates, nec municipia aut collegia hæredes institui aut legatum capere potuerunt, *Vlpian. d. tit. 22 §. 4.* Plinius *lib 5. epist. ad Calvisium; Nec hæredem*, inquit, *institui, nec percipere posse rempub. constat.* Cæterum posteà ut hæc corpora legatum capere possent, permissum fuit, et iam tempore mediæ juri(prudentiæ, *l. si quis, 32. in fin. l. si hæres, 73. §. 1. l. si quid, 177. l. civitatibus, 122. de legat. 1. l. cum senatus, 20. de reb. dub. l. omnibus, 26. ad Trebell.* A Nerva hoc primùm introductum; post deinde à senatu, auctore Hadriano, diligentiùs constitutum fuit, *Vlp. tit. 24. §. civitatibus.* Paulus Marco id tribuit, *d. l. cum senatus.* In propriis nominibus facilis est auctorum lapsus. Tandem etiam concessum, ut civitates & municipes hæredes institui possent, *l. hereditatis, 12 C de hær. inst.* quod ætate Ulpiani & Pauli nondum obtinebat, ut liquet ex fragmentis ejusdem Ulpian. *tit. 22. §. 4. & d. l. omnibus, ad Treb.* quibus locis hoc tantum traditur, fideicommissam hæreditatem municipibus restitui ex Senatusconsulto Aproniano. Eandem denique rationem habuit, quod legatum pauperibus relictum non valebat: quod nunc firmum ratumque omnibus modis habetur: daturque jus & nomen hæredis episcopis, œconomis, xenoni: nomen, ut sint hæredes: jus, ut debita exigant, creditoribus hæreditariis respondeant, pauperibus relicta dividant, *l. id quod, 24. l. si quis, 49. §. 1. & seqq. C. de episc. & cler. Cyn. Bald. Salic. in d. l. id quod Bart. in l. 5. de reb. dub. Tulden. ad tit. C. de incert.*

Quàm incerta opinione] Incerta persona hic dicitur, quam testator animo suo incerta & cæca opinione subjicit, id est, cùm mens & cogitatio testatoris nullis certis finibus circumscripta tanquam in immenso atque infinito vagatur: nam si mens ejus certo numero personarum, quas omnes novit, terminetur, incertitudo personæ legatarii legatum non vitiat, ut exempla subjecta demonstrant.

Qui primi consules designati] Puto, hoc exemplum ad eum pertinere, qui vel antè candidatorum numerum constitutum, vel cùm eos non nosset, incertissima opinione dixit, *Qui primi consules designabuntur.* Quod si è constituto jam candidatorum numero, quos testator novit, ei qui primus consul designatus fuerit, centum legaverit, magis est ut hoc legatum valeat, ut relictum uni ex certo personarum numero cum certa demonstratione.

Libertas quoque incertæ personæ] Anteà dixit, ne militem quidem legatum aut fideicommissum incertæ personæ relinquere potuisse, etsi militum testamenta nullis adstringebantur juris civilis subtilitatibus: cujus tamen generis unum hoc fuit, quod incertæ personæ legati non potuit. Aliam nunc subjicit ejusdem iuris ampliationem, quod nec libertas, cuius summus alioqui favor semper fuit, incertæ personæ dari potuerit, addita ratione, *quia placebat nominatim servos liberari*, quod videtur cautum fuisse lege Iulia Caninia. *Vlp. tit 1. §. ult.*

Sub certa verò demonstratione] Ex certo personarum ordine aut numero cum certa demonstratione legari incertæ personæ etiam olim jus fuit, veluti; *Ex collegis meis, qui nunc sunt*, aut, *Ex cognatis meis, qui primus ad funus meum venerit*, aut, *qui filiam meam uxorem duxerit, ei hæres meus illud dato. Vlp. tit. 24 §. incerta*, & notandum, in exemplo propositio demonstrationi expressè addi hæc verba, *qui nunc sunt*: alioqui incerta adhuc foret demonstratio.

Per errorem soluta repeti non posse] Hic locus confirmat id, quod antè diximus, ex subtilitate quadam iuris civilis hoc esse, quod incertæ personæ legari non potest: neque enim ratio naturalis impedit,

im edit, quominus, verbi causa, ei, qui filiam meã aliquando uxorem ducturus est, hæredem meum aliquid dare jubeam. Proinde ex hujusmodi relicto etiam olim nascebatur debitum naturale, id est, hæres ex tali voluntate naturaliter obstringebatur: quæ causa est, quod Imperatorum constitutionibus cautum fuerit, ne ejus, quod incertæ personæ legatum erat, soluti per errorem repetitio esset: quippè naturalis obligationis hic certissimus jure quoque civili effectus est, ut impediat ejus, quod ex ea causa solutũ est, repetitionem, *l.13. l. si pœnæ, 19. de cond. ind. l. 10. de obl. & act. Christin. vol. 4. decis. 50. n 4.* erratque adeò manifestè Pacius, hunc locum restringens ad legata quæ pietatis aut religionis intuitu relinquuntur: quo in errore Mynsing non fuit, ut falsò existimat Bachovius.

TEXTUS.

26. Posthumo quoque alieno inutiliter anteà legabatur. Est autem alienus posthumus, qui natus inter suos hæredes testatori futurus non est: ideoq; ex emancipato filio conceptus nepos, extraneus erat posthumus avo.

NOTÆ.

26. POSTHUMO QUOQUE ALIENO] Posthumi quoque similes sunt incertis personis: quoniam nescitur, an nascituri, & quales nascituri, aut quot nascituri. Receptum tamen jam olim fuit, ut posthumi sui ex testamento caperent.

EX EMANCIPATO FILIO CONCEPTUS] Alienorum posthumorum diversa sunt genera, & varij gradus, *v.* Cujac.

COMMENTARIUS.

1 *Posthumos esse similes incertis personis: caterùm non per omnia eodem jure cum his censeri.*

2 *Posthumi alieni qui, & eorum diversa genera.*

QUi in utero sunt, sive posthumi, & tam alieni quàm sui, in hæreditate legitima semper pro jam natis habiti sunt, & capaces hæreditatis sibi ab intestato delatæ, *l. pen. de stat. hom. l. pen. de legat. 1.* verùm in hæreditatibus testamentariis & legatis nemo posthumus pro nato initio habitus fuit, propter verba legis duodecim tabularum, *Vti quisq; legassit*, &c. quæ sic à prudentibus, ut etiam anteà diximus, accepta sunt, uti quisque certo consilio ac judicio decreverit, &c. Cùm enim posthumi omnes incertæ sint personæ, aut incertis personis similes, contrà legem fieri visum est, si aut hæredes instituerentur, aut legatum iis daretur, quasi non solido consilio id à testatore factum esset, ignorante & an nascituri sint, & quales nascituri, & quot nascituri. Paulatim tamen disputatione fori propter utilitatem & non sine magna ratione receptum, ut posthumi sui rectè hæredes instituerentur, & legatum ex testamento caperent. In posthumis alienis interpretatione prudentum nihil mutatum: qua de re fusiùs disputavimus sub §. 2. *de exhær. lib.* Non in omnibus tamen eandem rationem posthumi alieni & cujusvis alius incertæ personæ fuisse, ex eo apparet, quod fideicommissũ posthumo alieno utiliter relinquebatur; *l. 5. in fin. de reb. dub. l. 2. de jur. codic.* cæteris incertis personis inutiliter. Et verò non est posthumus planè similis tali personæ, quam testator omninò incerta & cæca cogitatione animo suo subjicit: sed magis & quodammodo similis iis, quos nunquam vidimus, qui etiam hæredes institui possunt. §. *ult. sup. de hær. inst.* Cæterùm quod hic Iustinianus ait posthumo alieno jure antiquo inutiliter legari, ei obstat, *l. 6. de reb. dub.* nam in calce præcedentis *l. 5.* proponitur quis rogatus hæreditatẽ restituere posthumo suo vel alieno; & mox continenter in *l. 6. seq.* posthumus hæres institutus, vel cui legatũ relictũ est. Respondeo, sunt loci isti diversorum auctorũ; ac proinde necesse non est, ut quod in uno dicitur de posthumo vel suo, vel alieno, cui hæreditas restitui jussa est, repetatur in altero, in quo simpliciter proponitur posthumus hæres institutus, aut legatũ posthumo datum: nec illud etiam eo loco quæritur, an cum posthumo, & cum quo testamẽti factio sit, sed an & quando posthumus partẽ faciat.

Inter suos hæredes testatori futurus non est] Posthumus suus & alienus sic inter se opponuntur, ut suus posthumus dicatur, qui si vivo testatore nasceretur, in potestate ejus esset, primumque ab eo gradum in familia obtineret, uno verbo, qui nasceretur testatori suus hæres: qualis est is, qui in utero uxoris testatoris est, aut uxoris filii ejus præmortui, aut emancipati postquàm uxor jam conceperat, §. *pen. sup. de tutel.* §. 2. *tit. prac.* Posthumi alieni omnes, qui si vivo testatore nascantur, aut in ejus potestate familiáve non nascuntur, aut non nascuntur proximo ab eo gradu; uno verbo qui sui aut inter suos non nascuntur. 2
Horum autem diversa sunt genera & varii gradus. Primùm posthumus alienus avo est nepos natus ex filio, etiam quem superstitem in potestate habebat, quamdiu enim filius in familia manet, nepos ex eo suus hæres avo non agnascitur, §. 2. *sup. de exh. lib. d.* § 2. *prac. tit.* §. 2. *in de hær. ab intest.* At enim quia aliquando fieri potest, ut hic

nepos

nepos posthumus suus hæres testatori agnascatur, putà si filius vivo testatore decesserit, pro suo hactenus habitus, atque ex formula Galli hæres institui potuit, *l. Gallus, 29. de lib. & post.* Magis alienus posthumus est nepos conceptus ex filio emancipato, *hoc text.* in quo etiam ob causam jam dictam hujus tantùm nepotis posthumi fit mentio: item qui in utero est uxoris filii, qui in adoptiva familia est, *l. 1. §. si filius, de vent. in poss. mitt.* & qui nasci speratur ex testatoris filia, *§. ult. sup. de pat. pot.* Eadem porrò ratione posthumus matri alienus est posthumus, putà si cæso utero extractus fuerit; *l. 6. de inoff. test.* & aviæ, qui in ventre est filiæ, aut uxoris filii: & adhuc magis alieni, qui nasciturí sunt ex agnatis aut cognatis, *l. pen. de leg. 1. & l. 6. de inoff.* Postremò alienissimi & maximè extranei, qui neque legitimi futuri sunt neque cognati, *l. 6. de vent. in poss. mitt.* Hos autem omnes Iustiniani definitio complexa est.

TEXTUS.

27. *Sed nec hujusmodi species penitùs est sine justa emendatione relicta, quum in nostro Codice constitutio posita sit, per quam & huic parti medemur, non solùm in hæreditatibus, sed etiam in legatis & fideicommissis, quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet: quia certo judicio debet quis pro tutela suæ posteritati cavere.*

NOTÆ.

27. In nostro Codice constitutio] Desideratur hæc Iustiniani constitutio. Ex verbis autem hujus textus hoc constat Iustinianum caviſſe, ut incertitudo personæ, cui aliquid legatum est, non vitiet legatum, si vel in præsens, vel ex futuro eventu certitudo aliqua apparere possit.

Tutor autem] Quia hoc pertinet ad cautionem populi, *l. 20. de test. tut.*

COMMENTARIUS.

H*Vjusmodi species sine justa emendatione*] Dubium est, utrùm indistinctè hoc referendum sit, an speciem de incertis personis, de quibus superiùs egit, an verò tantùm ad speciem de alieno posthumo, cujus proximè meminit in *§. præc.* Sed rectè pleriqúe interpp. sentiunt, Iustinianum loqui in universum de specie incertarum personarum, quas hactenus commemoravit, atque hoc dicere, constituisse se, ut & posthumo alieno & cæteris personis incertis, quas modò eventus posteà demonstrarit, legatum relictum valeat. Atque hoc ex eo satis intelligitur, quod scriptum est in *§. incertis*, 25. incertis personis legari olim concessum non fuisse: quod stulto diceretur, si ne nunc quidem id concessum esset constitutione Iustiniani. Habemus etiam certissima hujus rei argumenta in hoc ipso §. quæ in progressu indicabimus. Hoc tamen dubij adhuc relinquitur, quatenus scilicet jus illud, quod de incertis personis recensuit, emendarit. Nõ enim dicit, se id jus penitùs sustulisse, sed non penitùs reliquisse inemendatum. Ex verbis quidem Iustiniani nihil hic colligere possumus, quàm, hoc eum constitutione sua caviſſe, ut incertitudo personæ, cui quid legatum est, non ampliùs vitiet legatum, si ulla ratione vel nunc, vel ex futuro eventu certitudo aliqua apparere possit. Sed tamen non semper id admittendum videtur. Quid enim si eventus inciderit in eas personas mortuo aut ignorante testatore, quibus verisimile non est specialiter eum legaturum fuisse? Finge, sic esse legatum, *Qui filiam suam filio meo collocaverit, ei hæres meus centum dato*; eumque collocasse ignorante testatore qui inimicus testatori fuerit, qui pessimè de eo meritus, qui sit infamis aut vitæ flagitiosæ: non putarẽ, huic quicquam ex hujusmodi legato deberi, ne nunc quidẽ post constitutionẽ Iustiniani. Certius verò de re tota constitui posset, si constituto, ad quã hic relegamur, extaret: sed in Codice, quo nunc utimur, desideratur. Græcã fuisse verisimile est, omissamq; à Latinis descriptoribus intercidisse.

Non solùm in hæreditatibus] Ergò olim nec hæres institui incerta persona potuit: quod etiam disertè scriptum est ab *Vlp. tit. 22. §. 3.* De posthumo tamen alieno testatur ipse Iustinianus *§. seq.* potuisse eum & anteà hæredem institui. Cæterùm hoc quomodo accipiendum sit, ibi declarabimus.

Et fideicommissis] De fideicommissis cautum propter personas incertas, *§. in certis, sup. eod.* nam posthumo alieno etiam anteà fideicommissum relinqui potuisse evincitur ex *l. 2. de iur. cod. l. 5. §. ult. de reb. dub.* Et hoc certum argumentum est, Iustinianum non solùm de posthumo alieno caviſſe, sed de cæteris quoque personis incertis.

Tutor autem nec per nostram const. incertus dari] Hic iterùm locus ostendit, verum esse, quod diximus, Iustinianum in constitutione, cujus hic meminit, emendasse jus de personis incertis, non solùm posthumis: malè enim alioqui in tutorem incertum exciperet. Quod autem excepit

tutorem incertum, atque in eo jus vetus conservari voluerit, *l. tutor*, 20. *de testam. tut.* ad cautionem pupilli pertinet; quippè cujus interest, nec incerti aut ignoti, de quorum fide, diligentia ac moribus testatori constare non potuit, ad tutelam admittantur, maximè sine satisdatione, à qua tutores testamentarii immunes sunt: cui adde, quod in delatione tutelæ nullum lucrum vertitur, quod ea suscepta tutor consequatur.

TEXTUS.

28. *Posthumus autem alienus hæres institui, & antè poterat, & nunc potest: nisi in utero ejus sit, quæ jure nostro uxor esse non potest.*

NOTÆ.

28. ET ANTE POTERAT, ET NUNC] Hocutrumque cùm de eadem juris specie intelligi non possit, ad eundem juris effectum referendum est. Antè poterat jure prætorio, qui prætor ei secundùm tabulas dabat bonorum possessionem, *inf. de bon. poss. in pr.* Nunc potest etiam jure civili, ut prætorio remedio non indigeat.

QUÆ UXOR ESSE NON POTEST] Id est, cum qua nemo connubium habet: quales sunt sanctimoniales & ascetriæ; aut quicum patri testatori connubium non est propter cognationem aut affinitatem, aut quia alij nupta. fac. *l. 9. §. 1. de lib. & post.*

COMMENTARIUS.

1 *Quomodo accipiendum, quod hic ait Justinianus, posthumum alienum etiam antèà hæredem instituì potuisse.*

2 *Confutantur Alciatus & Bachovius, qui putant, huic loco deesse negationem.*

ETsi, ut superiùs dixit, anteà ita jus fuit, ut posthumo alieno inutiliter legaretur: nihilominùs tamen, ut nunc hic ait, hæres institui is posthumus etiam antè potuit. Hoc autem non videtur convenire cum iis, quæ suprà relata sunt de inutili institutione posthumi alieni, & de emendatione juris veteris etiam hac in parte à Justiniano facta. Tum si anteà posthumus alienus hæres institui potuit, quid opus fuit addere, etiam nunc eum institui posse? An quia constitutione sua jus vetus in eo confirmavit? nullo modo: profitetur enim expressè, se antiqui juris observationem circà incertas personas & posthumos alienos emendasse etiam in hæreditatibus, significans, sua demùm illa constitutione effectum, ut etiam posthumus alienus rectè hæres instituatur. Sed sciendum est, neutrum jure civili in persona posthumi alieni valuisse, sive hæres institutus esset, sive legatum ei datum: cæterùm legatum etiam jure prætorio insuper habitum, cùm eo jure institutio posthumi 1
alieni, ut favorabilior, sustineretur, institutumque prætor adjuvaret dando ei bonorum possessionem secundùm tabulas, *inf. de bon. poss. in pr. l. posthumus, 6. de inoff. test. l. 1. §. si filius, 12. de vent. in poss. mitt. l. 3. de bon. poss. sec. tab.* Quamobrem interpp. ferè omnes hæc verba Justiniani, *& antè poterat, & nunc potest*, sic acceperunt, antè poterat jure prætorio, nunc potest etiam jure civili, ex constitutione scilicet Justiniani, ut cùm utrumque intelligi non possit de eadem juris specie, accipiatur de eodem juris effectu; cùm parum referat ad vim tabularum, utrùm hæreditas ex iis adiri, an bonorum possessio peti possit: quod ego verissimum esse arbitror. Neque obstat, quod Justinianus loquitur de hærede instituto, quod verbum est juris civilis: sic enim loqui eum necesse fuit, ut ostenderet differentiam institutionis & legatorum, de quibus anteà egerat. Et quid prohibet, quominùs dicatur jure facta institutio, quæ jure prætorio sustinetur? Sanè Ulpianus in *d. l. 6. de inoff. test. l. 1. §. si filius, 12. de vent. in poss. mitt.* cùm de posthumo alieno loquens eum hæredem scriptum aut hæredem institutum, nactumque secundùm tabulas habere scribit, nihil aliud significat, quàm posthumum alienum jure prætorio rectè hæredem institui. Quin etiam Paulus simpliciter respondet, hujusmodi institutionem jure fieri, *l. Titius, 25. §. 1. de hb. & posth.* cujus species huc quoque pertinet, ut benè contrà Cujacium observavit *Ant. Faber, 9. coni. 2.* D. Bachovius tamen contrà omnium exemplarium & Græcarum Institutionum fidem existimat, huic loco deesse negationem, & legendum, *Posthumus autem non alienus*, id est, *suus*: quod jam olim etiam tentavit Alciatus, *9. parerg. 1.* sed errare eos apertè ostendit subjecta exceptio, *nisi in utero ejus sit, quæ jure nostro uxor esse non potest*: quæ exceptio necessariò intelligenda est de posthumo alieno, sive eam accipias de posthumo, qui in utero sit ejus mulieris, quacum omninò nullum connubium est, ut sunt Vestales, Sanctimoniales seu Ascetriæ, quæ perpetuam voverunt castitatem; sive etiam de eo posthumo, qui ex ea muliere & testatore nasciturus est, quæ illius uxor esse prohibetur, propter cognationem putà, aut affinitatem, aut quia alii nupta: quippè quod ex his nascitur vivo testatore, in potestate ejus nasci non potest: estque turpis hujusmodi institutio, ipsoque jure non valet, *leg. 9. §. 1. de lib. & posthu.*

Iam

tam verò stultissimè exciperetur posthumus alienus, si id quod præcedit, ad posthumum alienum non pertinet, sed ad non alienum sive suum duntaxat. Mirorque adeò judicium Bachovij, qui hac exceptione etiam confirmari putat suam istam & Alciati emendationem. Cæteris Bachovii argumentis quivis facilè occurret, qui modò hæc nostra attentè legerit.

TEXTUS.

29. *Siquidem in nomine, cognomine, prænomine, agnomine legatarij testator erraverit, cùm de persona constat, nihilominùs valet legatum. Idemq; in hæredibus servatur; & rectè. Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt: qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest.*

NOTÆ.

29. CÙM DE PERSONA CONSTAT] Id est, dummodò certum sit demonstratione testatoris, de quo ille senserit. Et pari ratione quamvis testator erraverit in nomine proprio rei legatæ, veluti si fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile est legatum & debebitur Sempronianus, *l.* 4. *de leg.* 1. Secus est si erraverit in nomine rei appellativo, putà si cùm vestem legare vellet, suppellectilem scripserit: quia rerum vocabula naturæ consona, publica & immutabilia sunt, *d. l.* 4. *l.* 7. *§.* 2. *de sup. leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Subtilius ac diligentius, quàm passim, explicatur differentia nominum propriorum.*

2 *Cur error in nomine legatarij non vitiet legatum, cùm de persona constat: & n.* 5.

3 *Nec errorem in nomine proprio rei legata vitiare legatū: & cur vitiet error in nomine appellat. vo.*

4 *Quid si testator rem oculis subjectam alieno nomine appellaverit.*

TRactationi de incertis personis ea de errore nominis, item de falsa demonstratione & falsa causa ideò subjungi videtur, quia hæc quoque quodammodo personam legatarij incertam reddunt. Pertinet huc titulus *ff. de cond & dem.* item, *tit. C. de falsa ca. adi. leg. cum* 2. *seqq.* ad quos vid. *D. Tuld. & Perez. add. Christin. vol.* 4. *decis.* 49. Nos etiam quædam subtilius atque accuratius, quàm illi fecerunt, explicabimus.

In nomine, cognomine, prænomine, agnomine.] Hæc quatuor nomina etiam Imp. Gordianus distinctè expressit, *l.* 4. *Cod. de testam.* & Charisius Grammaticus sic scribit: *Propria nomina in quatuor species dividuntur, prænomen, nomen, cognomen, agnomen, ut Publius, Cornelius, Scipio, Africanus. Prænomen est, quod nomini præponitur, ut Publius. Nomen quod familiæ originem declarat, ut Cornelius. Cognomen, quod nomini subjungitur, ut Scipio. Agnomen, quod extrinsecus adjici solet, ut Africanus.* Hæc ille. Plura etiam ejusmodi apud Romanos videmus, ut *Marcus Lucinius Crassus Dives, Marcus Porcius Cato Sapiens, Quintus Fabius Maximus Allobrox, Lucius Cornelius Scipio Asiaticus.* Charisius autem satis distinctè videtur rem ipsam explicasse. Prænomen erat nomen cujusque proprium; ut *Marcus, Lucius, Paulus, Publius.* Nomen totius gentis commune erat, hoc est, omnes, qui ex eadem gente erant, eodem nomine appellabantur, verbi causa, qui ex gente Cornelia, omnes Cornelij, qui ex gente Valeria, omnes Valerii nominabantur. Cognomine singulæ familiæ in quaque gente distinguebantur, idemque omnium, qui ejusdem familiæ erant cognomen erat; ut in gente Cornelia, qui ex familia Scipionum, Scipiones, qui ex familia Lentulorum, omnes Lentuli, &c. Agnomen dicebant, quod ab eventu aliquo ducebatur, ut Publ. Scipio ex Africa, Lucius ex Asia oppressa agnomen acceperunt; quanquam ejusdem essent familiæ, teste Cicerone *pro Muræn.* quo tamen loco non agnomen illud, sed cognomen vocat. Idem *lib.* 2. *de offic. Divitem Crassi*, & libro de senect. *Sapientem M. Catonis cognomen* fuisse scribit. Apud nostros quoque tantum nominis, prænominis & cognominis mentionem fieri reperio, *l.* 1. *de lib. & posth. l. hæredes*, 21. *§.* 1. *qui test. fac. l.* 8. *§* 2. *sec.* Unde apparet veteres appellatione cognominis etiam agnomen complecti, etsi hæc interdum distinguant. Cicero *lib.* 1. *de invent. Nomen cùm dicimus*, inquit, *cognomen quoque & agnomen intelligatur oportet.* Non fuere autem apud Romanos agnomina aut frequentia aut necessaria, quippè quibus plerosque caruisse constat. At his tribus, prænomine, nomine, cognomine perpetuò uti consueverant: ut *L. Cornelius Sylla; C. Iulius Cæsar; M. Tullius Cicero.* Theophilus hanc rem Græcis parum cognitam, ut potest, declarat, scribens, nomen esse τὸ κύριον ὄνομα, prænomen, quod nomini præponitur, à majoribus vel benefactoribus assumptum. Hodie in toto orbe Christiano præter nomen familiæ sive cognomen hæreditarium à parentibus aut amicis proprium nomen mutuamur, quod nobis imponitur, cum Sacramento Baptismi initiamur, & in Ecclesiam recipimur.

Cùm de persona constat] Sive quis hæredem instituit, sive alicui quid legat, personam hæredis & legatarij demonstrare oportet. Demonstrantur personæ citrà controversiam suo nomine, cæterùm & aliis rebus demonstrari possunt, & si aliis demonstrentur, valet institutio & legatum perinde ac si proprio nomine demonstratæ essent, *l. quoties, 9. §. si quis, 8. de hær. inst. l. 8. §. 2. de bonor. poss. sec. tab. l. 4 C. de testam.* & generaliter in omnibus partibus
2 juris demonstratio vice nominis fungitur, *l. 6. de reb. cred. l. nominatim, 34. de cond. & dem. l. 2. de lib. & posth.* Cui jam & illud consequens est, ut si falsum nomen adjectum sit, errante in nomine testatore, nihilominùs & institutio, & legatum valeat, perindeque habendum sit, quasi nomen omninò adjectum non esset; dummodò certum sit demonstratione testatoris, de quo ille senserit. Ut enim cætera omittantur, personam tamen necesse est, ita demonstrari à testatore, ut certò appareat, quem ille intellexerit, *d. l. quoties, §. si quis.* Pro non dicto enim est, aut pro non scripto, quod ita dictũ scriptúmve est; ut non intelligatur, *l. 2. de his quæ pro non script. hab.* Fingè ergò, hoc modo vel instituisse, *Corneliæ sororis meæ filius hæres esto*; vel legasse, *Corneliæ sororis meæ filio fundum illum do, lego*: si soror unum tantùm filium habeat, hic quia satis apparet, quem testator designavit, valet institutio & legatũ. Idemque est, si sic dixerit; *Cornelius sororis meæ Corneliæ filius hæres esto*: aut, *Cornelio sororis meæ Corneliæ filio centum lego*: etiamsi ei non Cornelio, sed Sempronio nomen sit. Porrò dum certa sit demonstratio, unde ea ducatur, nihil interest. Nam & sic rectè hæres nuncupatur indicio digiti, *Hic mihi hæres esto*, cùm præsens est, qui ostenditur, *l. nemo, 58. de hær. inst.* Denique & sic quoque rectè demonstratur, *Cujus nomen in codicillis scripsero, ille mihi hæres esto. l. 10. de cond. inst.* cujusmodi demonstrationes in legatis vel magis valere debent. Pari ratione etsi testator erraverit in nomine rei legatæ, veluti si fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile est legatum, & debebitur Sempronianus, si constet hunc legatum esse, *l. 4. de legat. 1.* Et
3 convenienter, si quis cùm unum tantùm servum haberet, dixerit, *Servum meum Stichum do, lego*, valebit legatum, licet servo *Davus*, non *Stichus*, nomen sit, *arg §. seq* Planè, si quis cùm vestem legare vellet, supellectilem scripserit, putans vestem appellatione supellectilis contineri, placet, nec supellectilem, nec vestem deberi, quasi neutrum legatum sit, *d. l. 4. de legat. 1.* ubi Iurisconsultus differentiæ hanc rationem reddit, quod *rerum vocabula immutabilia* sint, *hominum mutabilia*. Rerũ vocabula vocat; quæ Grammatici appellativa; hominũ, quæ illi propria, eo quod rei sive personæ tantùm singularis designandæ causa reperta sunt. Hæc mutabilia esse ait, quia scilicet privata sunt, & pro arbitrio singulorum & imponuntur, & mutantur illa immutabilia, quia publica & communia, *l. Labeo, 7. §. 2. de supell. leg.* ut proinde error in his tolerabilis sit, in illis stultus & intolerabilis. Et est sanè ingens inter hæc discrimen. Propria nomina omnia θέσει constant, & ita ut pro arbitrio cujusque privati, & citrà considerationem naturæ rei imponantur: unde nec rei ἀλήθειαν, sed tantùm differentiam ἐπαφοιώδη indicat. Appellativa autem ferè φύσει constant, id est, à natura vim suam habere videntur, saltem prima, quæ sunt ἀρχηγὰ καὶ στοιχεῖα, id est, principia & elementa reliquorum. Sanè Cratylus apud Platonem existimat, majorem quandam vim, quàm humanam prima rebus nomina imposuisse. Sed & flexa, etsi impositicia sunt, publica tamen & ipsa sunt ac communia, & sive prudenter, sive temerè & ἀπὸ τοῦ αὐτομάτου imposita sunt, non sunt tamen arbitraria, ut ex singulorum opinione exaudiri debeant, sed ex communi usu. In summa eorum impositio naturæ consona habetur, nec minùs hæc, quàm prima, ipsam rei substantiam indicant. De illo quæsitum est, an non saltem valeat legatum, si res, cùm oculis subjecta esset, à testatore demonstrata sit, ut alieno nomine eam appellaverit; veluti si, cùm equus præsens esset, ita legavit, *Hunc bovem Titio do, lego.* DD. com. probant sententiam Accursij in *l. quæ extrinsecus, 65. de verb. obl.* existimantis, valere, atque equum deberi: quod tamen mihi minimè consentaneum videtur ei, quod scribit Paulus, *l. 3. de reb. dub.* eum, *qui aliud dicit, quàm vult, neque id dicere, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur*: convenienter planè sententiæ sive Servij, sive Celsi, *non videri quenquam id dixisse, cujus non suo nomine usus sit*, aut, quod idem valet, neminem videri sensisse, quod non dixit: quanquam Tubero plus hic tribuat volũtati, *l. 7. §. 2. sup. de leg.* Quamobrem magis est, ut tale quoque legatum inutile haberi debeat, atque æquè stultum ac derisorium, ut illa de quibus *in l. 4. de legat. 1.* quod etiam Mynsingero verius videtur. Sanè si quis chartas librorum appellatione, aut contrà, complexus esse dicatur, locus esse potest quæstioni voluntatis propter rerum affinitatem, *l. librorum. 52 §. quod tamen, 4. de legat. 3.* Quin etiam generaliter id admittendum putem, si aliquo colore usúve loquendi vocabulum, quo testator usus est, ad id, quod voluisse dicitur, extendi potest, *arg. l. 9. de trit. vin. ol. leg.*

Significandorum hominum gratia] Ratio elegans. Si enim nomina in hoc inventa sunt, ut per

ea

ea commodius personæ designentur, profectò nec omissio nominis, nec error in nomine legatarii, si aliundè de persona ejus certò constat, legatum vitiare debent: & rectè Pedius nihil referre dicebat, proprio nomine res appelletur, an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur; quoniam vice mutua fungantur, quæ tantundem præstant, *l. 6. de reb. cred.*

TEXTUS.

30. *Huic proxima est illa juris regula, falsa demonstratione legatum non perimi. Veluti si quis ita legaverit,* Stichum servum meum vernam do, lego. *Licet enim non verna, sed emptus sit: si tamen de servo constat, utile est legatum. Et convenienter, si ita demonstraverit,* Stichum servum, quem à Sejo emi, *sitq; ab alio emptus, utile est legatum, si de servo constat.*

NOTÆ.

30. FALSA DEMONSTRATIONE NON PERIMI] Ratio est, quia nomen & demonstratio vice mutua funguntur, aut demonstratio vice nominis, *l. 6. de reb. cred. l. 34 de cond. & dem.*

SERVUM MEUM VERNAM] Verna servus est domi nostræ natus ex ancilla. Quod nomen Festus à vere deductum putat, *quod id tempus duce natura fœtura est.* Græcis οἰκογενὴς, οἰκογραφὴς.

QUEM A SEIO EMI] Alia ejusdem generis exempla occurrunt; in *l. 17. pr. & §. 1. de cond & dem.* & erroris in persona legatarii designanda, *l. 33. & seq. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Regulam hoc loco traditam sic esse temperandam, nisi quid aliud legato obstet præter falsitatem demonstrationis: quod variis exemplis declaratur.*

QUod in errore nominis personæ legatarii, aut proprii vocabuli rei legatæ custoditur, ut etsi falsò hujusmodi nomine testator usus sit, legatum tamen ob id non vitietur, modò de persona aut re aliundè constet, id etiam obtinet in demonstratione, hoc est, adjectione omni, quæ extrà nomen personæ aut rei designandæ gratia adhibetur, ut etsi vel in persona legatarii, vel in re legata demonstranda aliquid erratum sit, tamen perinde legatum valeat, ac si nullus error intervenisset; dummodò constet, cui legare, aut quam rem legare testator voluerit: *l. demonstratio, 17. in pr. & §. 1. falsa, 33. cum l. seq. de cond. & dem.* Ratio est, quia nomen & demonstratio mutua vice funguntur, aut demonstratio vice nominis, *l. 6. de reb. cred. l. nominatim, 34 de cond. & dem.* Eoque respicit Justinianus in *pr. huius* §. cùm ait, proximam esse superiori hanc juris regulam, *falsa demonstratione legatum non perimi.* Habet autem hæc regula suas nonnullas exceptiones, & in universum sic temperanda est, nisi quid aliud legato obstet præter falsitatem demonstrationis. Etenim si demonstratio 1
certam rem aut summam indicet, sed circumscriptam certo loco, eaque res illo loco non reperiatur, inutile hoc esse legatum traditum est. Ut ecce, testator ita legavit, *Centum, quæ in arca habeo, Titio lego.* Si hæc in arca nulla sint, placet nihil deberi, quasi certum corpus, quod in rerum natura non est, legatum sit, *l. si servus, 108. § qui quinque, 10. de legat. 1. l. 1. §. sed & si, 7. de dot. præl juncta l. planè, 34. § 4. de legat. 1.* prius enim esse debet, quod legatur, quàm legatum valeat. aut dici possit falsa demonstratione non perimi, *l. quibus, 40. §. pen. de cond. & dem.* Item si quis ita legaverit, *Quod mihi Titius debet, Sempronio lego,* sine adjectione corporis aut quantitatis, neque Titius quicquàm debeat, placet nullum legatum esse, non propter vitium demonstrationis, sed alia evidenti ratione, quia non appareat, quid quantúmve legatum sit, *l. si sic legatum, 75. §. 1. de legat 1.* Et eadem igitur ratione inutile erit & hoc legatum, *Quod Titio debeo ei lego,* si testator neque debeat, neque quantitas adjecta sit; quamvis si ita dixerit, *Decem, quæ Titio debeo, ei lego,* nec quicquam Titio debeatur, legatum sit inutile: quia sola falsa demonstratio legatum non vitiat, *d. l. si sic legatum, §. 1. l. legavi, 25. sub fin. de lib. leg.* Sed & amplius licet quantitas adjecta sit, tamen ne sic quidem semper utile legatum in superioribus speciebus. Finge, testatorem ita legasse, *Centum, quæ Titio debeo, Sempronio lego,* constat, hoc legatum inutile esse, etiamsi verum sit, centum Titio deberi: quoniam debitor id quod ipse debet, alij quàm creditori legare non potest. Quam ob causam nec si falsum erit, legatum valebit: nam quod inutile foret legatum detracto vitio demonstrationis, id adjecta vitiosa demonstratio utile efficere non potest. Finge iterùm legasse hoc modo, *Titio centum, quæ mihi debet, lego,* cum Titius nihil deberet, responsum est, nihil hic item esse in legato, multumque interesse inter falsam demonstrationem & falsam conditionem sive causam, *d. l. si sic legatum, §. 2. d. l. legavi, vers. quod si sic.* Nimirùm etsi hic centum verbo legata sunt, reverà tamen nihil aliud legatum, quod liberatio: quo legato hoc

continetur,

continetur, ut si hæres petat, exceptione removeri, si non petat, ultrò pulsari possit, ut debitorem liberet, *l.3.§.3. de lib.leg.* Neutri verò horum locus esse potest, ubi nulla est obligatio. Pari denique ratione si testator centum, quæ Titius ei debeat, legaverit Sempronio, dicendum erit, inutile esse legatum, si nihil Titius debeat, *d.l. si sic legatum, §.2.* quippè nec hic legantur centum, quæ hæres det, sed actio, quam præstet adversus Titium: hoc enim legato nominis continetur, ut hæres actiones suas præstet; nullas verò habere aut præstare potest adversus eum, qui nihil debet: quod Iurisconsultus in *d.l. si sic legatum, §.2.* breviter his verbis significat, *Esse enim debitor debet.*

1 *Stichum servum meum vernam*] Exemplum falsæ demonstrationis. Est autem verna servus domi ex ancilla natus, *οἰκογενὴς, οἰκοτραφής.* Quo nomen Festus à *vere* deductum putat, *quod id tempus ducenatura fœturæ est.* Hinc *vernaculus*, ut *vernacula lingua, uva vernacula*, id est, *ἐπιχώριοι.* Cicero *vernaculum crimen* pro domestico; Cæsar *6.comment. vernaculas Pompeij legiones* pro propriis dixit.

Stichum servum, quem à Sejo emi] Aliud ejusdem generis exemplum ex *l.demonstratio, 17.§.1.de cond. & dem.* ubi & aliud occurrit, veluti si ita servus demonstratus sit, *Stichum sutorem, Stichum cocum Titio lego.* Licet enim neque sutor, neque cocus sit ad legatarium pertinere dicitur, si de eo sensisse testatorem appareat. Exempla autem hæc sunt
2 falsæ demonstrationis adjectæ rei legatæ: idem verò etiam obtinet, si in persona legatarii designanda quid erratum sit aut falsò demonstratum, putà circà corpus, vel artificium, vel officium, vel patriam, vel necessitudinem, vel affinitatem, dummodò de persona eius constet, cui testator legaverit, *d.l.17.§.1.l. falsa, 33.& l. seq eod.* Quod tamen & ipsum semper sic accipiendum est, dum nihil amplius obsit legato, quàm falsa demonstratio; non etiam error, qui obsterit voluntati: qualis plerumque nascitur ex errore sanguinis. Nam si quis propter hanc opinionem aliquid alicui legaverit, ut sanguine coniuncto, qui non erat, legatum non valebit, *arg. l.4.& l.7.C. de her.instit.*

TEXTUS.

31. *Longè magis legato falsa causa adjecta non nocet: veluti cùm quis ita dixerit,* Titio, quia me absente negotia mea curavit, Stichum do, lego: *vel ita,* Titio, quia patrocinio ejus capitali crimine liberatus sum, Stichum do, lego. *Licet enim neque negotia testatoris unquam gesserit Titius, neque patrocinio ejus liberatus sit, legatum tamen valet. Sed si conditionaliter enuntiata fuerit causa, aliud juris est: veluti hoc modo,* Titio, si negotia mea curaverit, fundũ meum do, lego.

NOTÆ.

31. LONGE MAGIS FALSA CAUSA] Gaius *l.17. §.2.d.t.* Causa nostris dicitur causa præterita, occasio legandi, ratio, propter quam aliquid datur aut fit, *l.52 de cond.ind.*

LEGATO NON NOCET] Quia ait Papinianus, ratio legandi legato non cohæret, *l.72.§.6 de cond. & dem.* Id est, quia legatum constat etiam citrà rationem adiectam legato, ideò falsa causa non nocet, quia vera quoque necessaria non est. At citrà nomen aut demonstrationẽ legari non potest.

LEGATUM TAMEN VALET] Quoniam donare volui, aut saltem voluisse præsumor, quia nulla necessitate remunerandi tenebar. Sed tamen plerumque doli exceptio locum habet, si hæres probet me aliàs legaturum non fuisse, *d. l.72.§.6. de cond.& dem.*

SED SI CONDITIONALITER] Quia causa conditionaliter enuntiata ipsa conceptione cum legata cohæret, *Titio si negotia mea curavit,* &c. unde si falsa est, fit ut voluntas legato desit, fac. *§. pen. inf. de verb.obl.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur longè minùs falsa causa legato adjecta nocere dicatur, quàm falsa demonstratio.*
2 *Causam in futurum collatam sive modum huc non pertinere.*
3 *Qua ratione legatum in proposito sustineatur.*
4 *Insigne hujus iuris temperamentum.*
5 *Qua in re conditio & modus conveniant, & discrepent.*

QUod iuris est, ait Gajus, in falsa demonstratione, hoc vel magis est in falsa causa, *l. demonstratio, 17.§. 2. de cond. & dem.* Causa nostris dicitur causa præterita, seu ratio, propter quam aliquid datur aut fit, *l.damus, 52. de cond.ind.* causa irritatrix, quam dialectici *προκαταρκτικὴν* vocant; aliàs *ἀφορμὴν*, occasio, causa impellens, dicitur. Igitur causa, id est, ratio legandi, etiam si falsa sit, legato non obest. Sed cur ait, longè minùs falsam causam legato adjectam nocere, quàm falsam demonstrationem? Puto idcircò, quia nomen & demonstrati

monstratio cum legato cohærent ; adhibentur enim ad personam legatarii aut rem legatam designandam : causa autem legandi à legato separata est, & sine ulla causa legari & potest & solet. Hanc differentiam indicat Papinianus, *l. cum tale, 72. §. falsam, 6. de cond. & dem.* cùm ideò ait falsam causam legato non obesse, *quia ratio legandi legato non cohæret.* Causa quæ in futurum confertur, modus appellatur ; veluti, *Centum lego, ut opus extruatur*, &c. *d. l. 17. §. ult. de cond. & dem. tit. C. de his quæ sub mod leg.* Ea autem huc non pertinet : quia quod sub modo legatum est, perindè ferè habetur, ac si sub conditione relictum esset, *l. si cui, 92. de cond. & dem. l. 1. C. d. tit.*

Legatum tamen valet] Donare enim nihilominùs
3 testator voluit, aut saltem voluisse præsumitur. Quippè qui sciebat, se ob negotia sua gratis gesta aut patrocinium sibi præstitū nulla necessitate remunerandi teneri, *arg. l. donari, 82. de reg. iur. l. damus, 51. l. in summa, 65. §. de cond. ind.* Cùm igitur gratuitā mereque voluntariam exercuerit liberalitatē, non debet hanc evertere falsitas occasionis, qua primū provocatus ad legandū fuit. Nam & si quis inter vivos ob hanc causā quod dederit, quod negotia sua adjuta putabat, falsa licet persuasione, datum constitit, nec repeti potest, *d. l damus, de cond. ind.* redditurque hæc ratio in *d. l. in summa, §. 2. eod.* quia qui dedit, donare voluit. Et vel magis igitur id valere debet in ultimis voluntatibus, *arg. in l. testam.*
4 *12. de reg. jur.* Cæterùm insigne hujus juris temperamentum Papinianus addit, *l. tale, 72. §. falsam, de cond. & dem.* nisi hæres probet testatorem legaturum non fuisse, si causam, quam adjecit, falsam esse sciviſſet. Verba Papiniani sunt, *Sed plerumq; doli exceptio locum habebit, si probetur, aliàs legaturum non fuisse.* Quasi dicat, etsi falsa causa adjecta legatum nunquam ita vitiat, quin summo jure peti possit, propter regulam de falsa causa : tamen plerumque fieri, ut petentem legatarium hæres summoveat exceptione doli mali, docens, testatorem solius causæ, quæ adjecta est, gratia legatum reliquisse, aliàs non fuisse legaturum : Id verò sæpè probatu non est usque adeò difficile. Quid enim si testator aliquando apud amicos apertè dixerit, se, si verbi causa, Titius negotia sua non curasset, nihil habere, cur ei quicquam relictum vellet ; vel se facere non potuisse, quin egregium officium sibi à Titio præstitum legato aliquo remuneraretur ; aliam legandi causam non habuisse ; vel hoc unum se movisse, ut Titium legato honoraret, quia restitutionem sibi à Principe impetrasset, aliàs nihil se illi legaturum fuisse. Denique quotiescunque probari potest, tanquam pro compensatione accepti beneficii legatum datum esse, locus erit exceptioni doli : quippè quæ omnibus obstat, qui non ex voluntate defuncti aliquid petunt, *l. 3. ult. de adim. leg. 4. §. præterea, 10 de dol. mal. exc.* Et ideò si quis cum Titio quædam sua negotia peregrè curanda commisisset, atque existimans ea diligenter curata esse, centū eidem Titio legaverit ; cum adjectione hujus causæ, quam falsam esse & negotia illa neglecta hæres doceat, putarem hic etiam petenti legatario obstaturam doli mali exceptionem.

Conditionaliter enunciata] Si causa conditionaliter hoc modo enunciata fuerit, Titio, si negotia mea curavit, fundum lego, causa legato ipsa conceptione cohæret, & si falsa est, fit, ut voluntas legato desit, & legatū sit inutile, *l. demonstratio, 17. §. pen. de cond. & dem.* nam conditiones quæ in præsens aut præteritum tempus conferuntur, si falsæ sint, statim vi sua inanem & inutilem actum reddunt, *§. pen. inf. de verb. obl.* Itaque hoc casu legatū non debebitur ipso jure ; eoque nec exceptio adversus petentem desiderabitur. Conditioni affinis est mo- 5
dus : utrumque enim futurū aliquid spectat : nam si hac legandi formula testator utatur, *Titio centum do, lego ut mihi monumentum faciat*, legatum est sub modo, *d. l. demonstratio, §. ult.* si ita dixerit, *Do, lego, si monumentum faciat*, est conditionale. Effectu autem inter hæc multum interest : nam legatum sub modo relictum purum est, & statim peti potest, præstita scilicet cautione de re restituenda, si modus non impleatur : sub conditione autem relictū non debetur antè eventum conditionis, & si conditio defecerit, extinguitur, *l. 3. l. 4. C. de cond. insert.* quanquam non omnium conditionem eventus perpetuò expectatur : nam si qua earum, quæ in non faciendo consistunt, collata sit in potestatem legatarii, desiderante eo statim repræsentatur relictum, dum is caveat, nihil se ejus facturum, quod testator vetuit : si contrà fecerit, rem unà cum fructibus restituturum ei, ad quem jure civili deficiente conditione legatum pertinere potest. Quæ cautio, quod à Q. Mucio inventa est & composita, Muciana dicta : atque in hæreditatibus quoque locum habet, *l. 7, l. is qui, 18 de cond. & dem.* Plura de conditionibus insertis, *D. Tulden & Perez. ad tit. C. de fals. ca. adi & 2. seqq Christin. vol. 4. decis. 49.*

TEXTUS.

32. *An servo hæredis rectè legemus quæritur. Et constat, purè inutiliter legari, nec quicquam proficere ; si vivo testatore de potestate hæredis exierit : quia quod inutile*

 foret

foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, hoc non debet ideò valere, quia diutiùs testator vixerit. Sub conditione verò rectè legatur servo, ut requiramus, an quo tempore dies legati cedit, in potestate hæredis non sit.

NOTÆ.

QUIA DIUTIUS TESTATOR VIXERIT] Propter regulam Catonianam, quæ quod legatum inutile foret moriente statim testatore, ex postfacto convalescere non patitur, *l. 1. de reg. Cat.*

IN POTESTATE HÆREDIS NON SIT] Nam si tempore conditionis existentis adhuc in hæredis sit potestate, procul dubio evanescit legatum, *§. seq. in fin.*

COMMENTARIUS.

HUjus & sequentis §. exiguus hodie usus est, servitute jam sublata. Proponuntur duæ quæstiones contrariæ, una hoc §. an servo hæredis rectè legetur. Altera §. seq. an rectè legetur domino servi hæredis instituti.

Purè inutiliter legari] Quod servo legatur, ipsi domino legari intelligitur, *l. non minus, 31. de hær. inst.* proindè si servo legetur, vi ipsa hæredi à semetipso legatur; quod à juris ratione alienum est, *l. & quidem, 18. l. legatum, 116. §. 1. de legat. 1.* Ulp. *tit. 24. §. 20.* neque natura patitur, ut idem sibi & creditor sit, & debitor, quod fieri necesse est, si servo hæredis legari volumus: nam hæres hic & creditor sit oportet, quia dominus legatarii, & debitor, quia hæres testatoris. Hinc quotiescunque accidit, ut creditoris & debitoris jura in eandem personam concurrant, confunditur obligatio, & necessariò extinguitur: quia nemo sibi obligatus esse potest, *l. sicut, 75. de solut. l. 7. C. de pact.*

Si vivo testatore de potestate] Utrum quod purè relictum est, valeat, nec ne, ex tempore facti testamenti æstimandũ, juxta præscriptum regulæ Catonianæ, quæ quod legatũ inutile foret moriente statim testatore, ex postfacto convalescere nõ patitur, *l. 1. de reg Cat.* Atqui in proposito, si statim testator decedat, vires habere legatum non potest. Eadem ratione suprà dictum est, cùm res sua alicui legatur, quia hoc legatum ab initio non consistit, ideò nõ convalescere, etiamsi legatarius eam rem vivo testatore alienaverit, § *sed si rem, 10. sup. eod.*

Sub conditione verò rectè] Quod legatum per conditionem suspenditur, id in incerto est aliquando valiturum sit, nec ne, ut dici non possit tempore testamenti valere aut non valere: & ideò placet Catonis regulam ad legata conditionalia non pertinere, *l. 4. de reg. Cat.* quæ ob hoc amplius non pertinet ad legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam hæreditatem cedit *l. 3. eod.*

An quo tempore dies legati cedit] Dies legati sub conditione relicti antè eventum conditionis non cedit, *l. 5. §. 2. quand. di. leg.* id est, legatum sub conditione datum non antè deberi incipit, quàm conditio extiterit, *l. cedere diem, 213. de verb. sign.* atque ex eo demùm tempore vires hujusmodi legatum caput; ut proinde etiam satis sit, cùm conditio existit, rem in eo statu esse, ut possit vires capere; quemadmodum in proposito potest, si scilicet eo tempore servus non sit in potestate hæredis. Quod si tempore conditionis existentis adhuc in hæredis sit potestate, procul dubio legatum nullum est. Sed inquies, etiam in casu præcedenti contingere potest, ut die legati cedente servus non sit in potestate hæredis: potest enim antè mortem testatoris, ex quo tempore dies legati purè relicti cedit, ab hærede manumitti aut alienari. Respondeo, quod attinet ad utilitatem legati puri, ita spectari tempus mortis, ut id tempus vi & potestate regulæ Catonianæ conjungatur cum tempore testamenti facti, perindeque omninò habeatur, licèt diutiùs testatorem vivere contingat, ac si statim testamenti facti tempore decessisset. Ex quo est, quod nec ad ulla legata regula pertineat, quorum dies non cedit tempore mortis, *l. 3. de reg. Cat.*

TEXTUS.

33. *Ex diverso, hærede instituto servo, quin domino rectè etiam sine conditione legetur, non dubitatur. Nam etsi statim post factum testamentum decesserit testator, non tamen apud eum, qui hæres sit, dies legati cedere intelligitur; cùm hæreditas à legato separata sit, & possit per eum servum alius hæres effici, si priùs quàm jussu domini adeat, in alterius potestatem translatus sit: vel manumissus ipse hæres efficitur: quibus casibus utile est legatum. Quod si in eadem causa permanserit, & jussu legatarii adierit, evanescit legatum.*

NOTÆ.

NOTÆ.

33. DOMINO ETIAM SINE CONDITIONE] Eadem ratione responsum est, à filio hærede patri etiam purè legari posse, *l. 25. l. 91. pr. de leg. 1.*

NON TAMEN, &c. DIES LEGATI] Hoc ideò quia dominus non rectà per servum hæres fit, sed ita, si jussu ejus hæreditatem adierit, *§. 3. sup. quas pers.* ut in hac specie legatum & hæreditas decedente testatore non statim in eandem personam concurrant, sicut in superiore.

COMMENTARIUS.

HÆc species superiori contraria est. Ait, ei, cujus servus hæres institutus est, etiam sine conditione rectè largiri, hac ratione, quia etiamsi statim decedat testator, tamen hoc casu dies legati apud eum, qui hæres sit, non cedit: innuens, legatum quidem cedere domino, ac proinde eo mortuo antè aditam hæreditatē ad hæredē ejus transmitti; sed non cedere apud hæredem, ut in casu superiori, cùm domino hærede instituto servo ejus legatur. Quippè dominum non rectà per servum hæredem fieri, sed ita, si, jussu ejus hæreditatem adierit: posse autem fieri, ut servus institutus priusquàm jussu domini hæreditatem adeat, vel manumittatur, vel alienetur, atque ita vel sibi, vel alteri domino, cujus jussu adierit hæreditatem acquirat, maneatque sic hæreditas à legato separata. Cùm itaque hic legatū & hæreditas decedente testatore statim in eandem personam non concurrant, neque ita necessariò sequatur hæreditatis cum legato confusio, ut superiore casu legati cum hæreditate, placet legatum interim in suspenso esse; & siquidem servus antequàm jussu domini hæreditatē adierit, manumissus vel alienatus fuerit, utile esse legatum: si verò in eadem causa manserit, & jussu legatarij adierit, evanescere propter confusionem cum hæreditate, quo fit ut in eum casum deducatur, unde incipere non poterat. Eadem ratione responsum est, à filio hærede patri etiam purè legari posse, *l. à filio, 25. l. quæstum, 91. in pr. de legat. 1.*

TEXTUS.

34. *Antè hæredis institutionem inutiliter anteà legabatur; scilicet quia testamenta vim ex institutione hæredis accipiunt, & ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti hæredis institutio. Pari ratione nec libertas antè hæredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus, scripturæ ordinem quidem sequi, (quod & ipsi antiquitati vituperandū fuerat visum) sperni autem testatoris voluntatem; per nostram constitutionem & hoc vitium emendavimus, ut liceat & antè hæredis institutionem, & inter medias hæredis institutiones legatum relinquere, & multò magis libertatem, cujus usus favorabilior est.*

NOTÆ.

34. INUTILITER ANTEA LEGABATUR] Paul. 3. *sent. 6.* Ulp. *tit. 28. §. 14.* qui & rationem affert, *quia*, inquit, *potestas testamenti ab hæredis institutione incipit.* Ut proinde quod antè relictum est, tanquam extrà testamentum, ἐκτὸς τῆς διαθήκης, relictum videatur.

ET IPSI ANTIQUITATI] In plerisque causis scilicet exempla in *l. 77. §. 12. de leg. 2. l. 14. de pecul. leg. l. 2. §. 5. de vulg. & pup. l. 6. de solut.*

SPERNI TESTATORIS VOLUNTATEM] Quæ etiam juxta veterum sententiam totum in testamento facit, *leg. 35. §. 3. de hared. instit. l. 12. in fin. de leg. 1.*

NOSTRAM CONSTITUTIONEM] Non extat alia, quæ hujus rei meminit, quàm in *l. 24. C. de testam.*

ET ANTE HÆREDIS INSTITUTIONEM] Nam in actu continuo & unius temporis nihil ὕστερον πρότερον videri debet; manetque hæredis institutio semper caput & fundamentum testamenti, sive sequatur sive antecedat. Wes.

COMMENTARIUS.

1 *Veteres non satis idoneam rationem habuisse improbandi legata antè hæredis institutionem relicta: & num. 2.*

SEquitur hujus tituli caput ultimum: in quo abolentur quædam juris veteris scrupulositates, quæ circà formam legandi observabantur; & nimirum hæ tres, quod ante hæredis institutionem, quod post mortem hæredis, quod pœnæ nomine legari non poterat.

Antè hæredis institutionem] Olim si ab institutione hæredis initium testamenti factum non esset, legata antè institutionem hæredis relicta inutilia erant; veluti si quis in ordinando testamento ita primo loco dixisset, *Titio centum do, lego*; deinde loco secundo, *Sempronius mihi hæres esto*: legatum hoc, ut præpostero ordine antè hæredis

institutionem relictum non valebat. *Ulp. tit. 24. §. antè. 14. Paul 3. sent. 6. §. 1.* Cujus rei rationem hanc
1 affert Ulp. *quia potestas testamenti ab hæredis institutione incipit.* Id est, quia per institutionem hæredis demùm vires, robur ac firmamentum testamentum accipit: ut proinde hæredis institutio veluti caput ac fundamentum totius testamenti præcedere debeat: & quod antè relictum est, tanquam extrà testamentum relictum videatur, ὄντος τῆς διαθήκης, ut ait Theophilus. Cæterùm hæc ratio Iustiniano tanti visa non est, ut propter eam ordo scripturæ necessariò sequendus sit, spreta testatoris voluntate. Et meritò. Sit enim institutio hæredis caput & fundamentum testamenti, ex ea testamentū vires accipiat, uti reverà accipit, *l. quod per manus, de jur. cod.* non ideò tamen legatum institutioni hæredis præpositum perinde habendū, quasi extrà testamentum relictum sit: quoniam cùm unus continuus testandi actus sit, nihil in eo ὕστερον πρότερον videri debet: & proinde sive antecedat legatum, sive institutionem hæredis sequatur, institutio semper manet caput ac fundamentū testamenti. Nec scio, an aliam rationem habeat, quod olim etiam antè hæredis institutionem fideicommissum dari potuit, *Vlp. tit. 25. §. 6. & tutor, §. ad certum, sup. qui test. tut. dar.* & quod licebat testamentum ordiri ab exhæredatione, *l. 1. de her. inst.* qua de causa Iurisconsultus ibi non simpliciter dicit, eum, qui testatur, ab hæredis institutione debere initiū facere testamenti, sed plerūque debere.

Nec libertas hæredis institutionem] Quasi dicat, quamvis libertatis magnus semper fuerit favor; tamen hac in re non plus licuisse circà libertatis dationem, quàm cætera legata. Excipit Ulpian. testamentum militis, *tit. 1. de libert. §. 1. post mortem, 15.*

Et ipsi antiquitati] Ipsi etiam veteres in plerisque potiorem rationem ducunt voluntatis, quàm ordinis scripturæ. Cujus rei exempla passim occurrunt. Ut in *l 14 de pec leg. l. cum pater, 77. §. fidei, 12. de legat. 2. l. 6. de solut. l. si idem, 14. de legat. 2.* & identidem pronuntiant, voluntatem testatoris in testamento totum facere, *l. ex facto, 35. §. rerum, de her. inst. l. si mihi, 12. in fin. de legat 1* At enim in hac specie, quæ non tam ab ordine scripturæ, quàm à juris ratione dependere visa est, non sunt ausi idem definire. Quæ tamen profectò nimia fuit scrupulositas. Nam cùm illud admiserint ut fidejussor præcedere posset principalem obligationem, *§. 2. inst. de fidejuss.* nulla idonea ratio dari posse videtur, cur non etiam hoc receperint, ut legata præcedere possent institutionem hæredis. Neque enim magis fidejussio sine principali obligatione consistere potest, quàm legatum sine hæredis institutione. Denique cùm, ut anteà diximus, actus testamenti sit continuus, in eo considerari non oportet, quid prius aut posterius fiat, cùm totū illud, quod fit, unus sit unius temporis actus, *l hæredes, 21. §. ult. qui test fac.* quod & D. Wesembecius notat.

Per nostram constitutionem] Non extat alia quæ hujus rei meminit, quam illa ad Mennam præfectum prætorio in *l. ambiguitates, 24. C. de testam.* qua tamen nihil aliud cavetur, quàm ut ne vitia in scribendo commissa imperitia tabellionum obsint testatoris voluntati. Unde plerique putant, & est verisimile, constitutionem, qua primùm atque ex professo jus vetus abolitum est, desiderari. Cæterum quod Baro existimat, constitutione illa sic cautum fuisse, ut ordo, qui hic commemoratur, à testatore observari debeat, & tantùm inversio ordinis in scribendo à tabulario facta non vitiaret testamentum, falsum esse, arguunt verba hujus textus, quæ manifestè indicant, Iustinianum sua illa constitutione totam hanc rem arbitrio testatoris simpliciter permisisse, ut nihil interesit, veterem ordinem servet, an à legatis initium sumat.

Et inter medias] Hoc etiam jure veteri licitum fuisse testis est Paul. 1. *sent. 6. §. 1.* Nostri notarii ineptiam suam produnt, dum semper ferè à legatis & fideicommissis testamentum incipiunt, quasi putent inverti rerum ordinem, si hæredis institutio, quæ tamen caput est & basis totius rei, primo loco scribatur. *Gomez. 1. var. res. 2. n. 5. Iac. Vervvey art. test. cap. 16.*

TEXTUS.

35. *Post mortem quoque hæredis aut legatarij simili modo inutiliter legabatur: veluti si quis ita dicat,* Cùm hæres meus mortuus fuerit, do, lego. *Item,* Pridie quàm hæres aut legatarius morietur. *Sed simili modo hoc correximus, firmitatem hujusmodi legatis ad fideicommissorum similitudinem præstantes: ne in hoc casu deterior causa legatorum, quam fideicommissorum, inveniatur.*

NOTÆ.

35. POST MORTEM HÆREDIS, &c.] Quia ab hæredis hærede legari non poterat. Ulp. *tit. 14. §. 15.* Paul 3. *sent. 6.* tum etiam ob veterem regulam, quæ non patiebatur obligationem, quæ non cœperat à defuncto vel contrà defunctum, in persona hæredis vel contrà hæredem incipere. Th.

Cum

CUM HÆRES MEUS MORTUUS] Aut *Titio cùm mortuus fuerit, do lego.* Rectè autem sic; *Hæres meus cùm morietur,* &c. Ulp. & Paul. *ubi sup.* quoniam momentum moriendi vitæ attribuitur, §. 14 *inf. de inut. stip.*

PRIDIE QUAM HÆRES, &c.] Hoc enim vi ipsa idem cum superiore, §. 12 *inf. d. t.*

HOC CORREXIMUS] *l.* 11. *C de contr. stipul.* Regulam, cujus suprà mētio, sustulit, *l. un. C. ut act. ab. hær.*

QUAM FIDEICOMMISS.] Iam olim enim benignè receptum erat, ut fideicommissa post mortem hæredis relinquere liceret, *l.* 5 §. 1. *de leg.* 3. Ulpian. *tit.* 25. §. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Cur post mortem hæredis aut legatarij legare non licuerit.*
2 *Cur licuerit in tempus mortis.*
3 *Legatum filio emancipato post mortem patris relictum conferri: cùm pater morietur, non item.*

HÆc item mea quædam subtilitas fuit, quod olim post mortem hæredis aut legatarii legare concessum non erat, testibus Ulpiano, *tit.* 24. §. *post mortem,* 15. Paulo 3. *sentent.* 6. §. 4. quam ob causam hunc quoque juris articulum emendavit Iustinianus.

Inutiliter legabatur] Ulpian. *d. loc. post mortem hæredis,* inquit, *legari non potest, ne ab hærede hæredis legari videatur: quod juris civilis ratio non patitur,* & Paul. similiter, *d. loc. post mortem hæredis legari non potest: quia nihil ab hæredibus hæredis relinqui potest.* 1 Credo quia incertum est, quinam illi futuri sint, deinde quia mandare alieno hæredi non licet. In universum verò post mortem hæredis aut legatarij ideò legare non licebat, quoniam vetus erat regula juris, ut obligatio, quæ non cœperat à defuncto vel contrà defunctum, in persona hæredis vel contrà hæredem non inciperet, §. *post mortem,* 12. *inf. de inut stip.* Iam verò si quod post mortem hæredis legatur, valere volumus, necesse est obligationem, quæ contrà defunctum non incipit, adversus hæredem transire: si quod post mortem legatarii; necesse est, ut obligatio, quæ à defuncto non incipit, ad hæredem ejus transeat. Cur igitur, inquies, fideicommissum post mortem hæredis relinqui potuit? Ulp. *tit* 25. §. 6. Resp. Benignè id receptum fuit, ut fideicommissum relinqui posset ab hæredis vel legatarii hærede, salva in cæteris superiore regula, *l.* 5. *de legat.* 3.

2 *Cùm hæres meus mortuus*] Aut, *Titio, cùm mortuus fuerit, do, lego.* Enimverò quamvis post mortem legari non potuit, in tempus tamen mortis tam legatarii, quàm hæredis legatum conferri poterat, putà hoc modo, *L. Titio, cùm morietur, do, lego*: vel, *Hæres meus, cùm morietur damnas esto dare. Paul. d. loc.* §. 5 *& Ulp. eod. l. si pecunia,* 12 §. 1. *de legat.* 1. *l. hæres,* 79 §. 1. *de cond. & dem.* quemadmodum & stipulatio in mortem promissoris aut stipulatoris utiliter concipiebatur, §. *ita autem,* 14. *inf. de inut. stip.* Nimirum moriendi momentum vitæ attribuitur: quoniam viventes morimur; & mors si non semel tota est, non est: unde fit, ut in tempus mortis collata obligatio, antè mortem in persona morientis incipiat, & cœpta ad hæredem transmittatur. Hinc etiam illud est, quod etsi filius emancipatus non tenetur conferre legatum post mortem patris ei relictum, *l. pen. de collat. l. nec emancipati,* 15. *C. eod.* 3 conferre tamen teneatur, quod ei legatum est, cùm pater morietur: quia id non post mortem patris demùm acquisivisse, sed moriente patre, manenteque adhuc vita, eum habuisse interpretamur. Conflat autem, emancipatum juberi ea omnia conferre fratribus, qui in potestate manserunt, quæ moriente patre habuit, *l.* 6. *C. d. tit. Ulp. tit. de poss dand.* §. 3. *add Cujac.* 3. *obs* 34.

Pridie quàm hæres aut legatarius morietur] Existimaverunt veteres, hoc legatum incidere in speciem præcedentem, & eum casum, quo post mortem hæredis aut legatarii legatur. Nam cum illud *pridie* antè mortem incertum sit, & non nisi postquàm jam mortuus est hæres aut legatarius, sciri possit, quis ille dies fuerit, non magis hic obligationem antè mortem incipere posse crediderunt, quàm si expressè post mortem legatū esset. Quam ob causam stipulatio quoque hujusmodi, *Pridie quàm moriar*; vel, *Pridie quàm morieris, dare spondes?* inutilis erat, *d* §. *post mortem, inf. de inut. stip.* Ecce solicitam veterum diligentiam.

Correximus] Ex constitutione Iustiniani etiam post mortem hæredis aut legatarii legare licet, uti & stipulatio in tempus post mortem stipulatoris aut promissoris concepta ex ejusdem constitutione valet, *l. scrupulosam. Cod. de contr. stip.* Idem alia constitutione antiqui juris regulam abrogavit, permisitque, actiones ab hæredibus & contrà hæredes incipere, *l un. C. ut act ab hæred.* Mutandi juris veteris hanc causam habuit, quod illud in pura putà subtilitate consistebat. Cur enim cùm legatum in tempus mortis conferre liceat, non liceat in tempus post mortem, aut in antè diem mortis? Meræ subtilitatis est, momentum mortis vitæ in hac causa attribuere, atque hoc solo colore defendere legatum: aut propter illud verbum *pridie,* voluntatem testatoris infirmari.

Quàm fideicommissorum] Nam fideicommissa etiam olim post mortem hæredis rectè relinquebantur, teste Ulpiano *tit. 25. §. 6. & in l. 5. §. 1. de legat. 3.*

TEXTUS.

36. *Pœnæ quoque nomine inutiliter anteà legabatur, & adimebatur, vel transferebatur. Pœnæ autem nomine legari videtur, quod coërcendi hæredis causa relinquitur, quo magis aliquid faciat, aut non faciat: veluti si quis ita scripserit*; Hæres meus si filiam suam in matrimonium Titio collocaverit: *vel ex diverso*, Si non collocaverit, dato decem aureos Sejo: *aut si ita scripserit*; Hæres meus si servum Stichum alienaverit: *vel ex diverso*, Si non alienaverit, Titio decem aureos dato. *Et in tantùm hæc regula observabatur, ut quamplurimis principalibus constitutionibus significaretur, nec Principem agnoscere, quod ei pœnæ nomine legatum sit: nec ex militis quidem testamento talia legata valebant: quamvis aliæ militum voluntates in ordinandis testamentis valdè observabantur: quinetiam nec libertates pœnæ nomine dari posse placebat: eo amplius nec hæredem pœnæ nomine adjici posse Sabinus existimabat: veluti si quis ita dicat*, Titius hæres esto: si Titius filiam suam in matrimonium Sejo collocaverit, Sejus quoque hæres esto. *Nihil enim intererat, qua ratione Titius coërceretur, utrùm legati datione, an cohæredis adjectione. Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit: & generaliter ea, quæ relinquuntur, licet pœnæ nomine fuerint relicta, vel adempta, vel in alium translata, nihil distare à cæteris legatis constituimus, vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo: exceptis videlicet iis, quæ impossibilia sunt, vel legibus interdicta, aut aliàs probrosa. Hujusmodi enim testamentorum dispositiones valere secta meorum temporum non patitur.*

NOTÆ.

36. POENÆ NOMINE] Ulp. *tit. 24. §. 16.* Iul. Capitol. *in Anton. Primus constituit, ne pœna causa legatum relictum maneret*: eademque hic & fideicommissorum causa. Ulp. *tit. § 11.*

INUTILITER LEGABATUR] Vel quia in hæredis voluntate legatum poni non potest, *l. 43. §. pen. de leg. 3.* vel potiùs, quia finis legandi hujusmodi legato obstat, cùm legata ex benevolentia erga legatarium proficisci, non odio hæredis relinqui debeant, v. Th.

QUOD COERCENDI HÆREDIS CAUSA] Addit Ulp. *d. loc. non ut quid ad alium pertineat*, id est, non ut legatum facilius à legatario obtineatur. Itaque tale legatum, *Hæres uxori meæ penum dato: si non dederit, centum dato, l. 1. de pen. leg.* & si quæ similia, non est exemplum legati pœnæ: etsi enim & hic constringitur hæres, id tamen nō sit hæredis puniendi, sed legati juvandi causa. Locus Africani in *l. 1. de his quæ pœn. caus.* interpolatus videtur à Tribon.

HUIUSMODI SCRUPULOSITAS NON PLACUIT] Et meritò. Nihil enim iniquitatis habet; si is, qui hæres instituitur, aut legato honoratur, pro modo relicti à testatore constringatur, ut aliquid faciat, quod honestè facere possit, *l. un. C. de his quæ pœn. nom.*

SECTA MEORUM TEMPORUM] Ratio, disciplina, justitia, *l. ult. C. de pact.* Alex. *l. 2. C. ad leg. ult. mat.* Trajan. *ad Plin. 10. 56.* Igitur tale legatum, *Hæres meus nisi mare ebiberit*; aut *nisi uxorem prostituerit, centum Titio dato*, nullius momenti est; quia pœnæ causa hæredi, quod impossibile aut turpe est, injungitur. At cum impossibilitas imponitur legatario, putà hoc modo, *Titio si mare ebiberit*, &c. *centum lego*, valet legatum, & conditio hujusmodi pro non scripta habetur, ut *§. propen. sup. de hær. inst.* quod notand.

COMMENTARIUS.

1 *Veteris juris, quod hic refertur, variæ rationes.*
2 *Quid sit pœna nomine legare.*
3 *Abrogatio hujus juris cum causa abrogandi.*
4 *Interpp. plerosq; circà hunc articulum errasse, eo quod non satis intellexerint, quod sit, pœna nomine legare.*
5 *Notatur Bachovij & Sutholti insignis error.*

TErtia hæc species est, in qua jus vetus circà formam legandi à Iustiniano mutatū. Olim quod pœnæ nomine relictū erat, in ea causa fuit, ut qualecumque hoc esset, in totum non valeret, *Vipian. tit. 24. § pœnæ, fac. l. 2. de cond. & demonst. l. 2. de his quæ pœn. nom.* Iul. Capitolinus in Anton.

Primus

Primus constituit ne pœnæ causa legatum relictum manere. Neque alia in hac re fideicommissorũ, quàm 1 legatorum causa fuit, *Vlp. tit. 25. §. 11.* Hujus autem juris duplicem rationem fuisse Theophilus memorat. Primùm quoniam in hæredis arbitrium hoc legatum confertur: sic autem juris constitutio est, ut legatum in potestate hæredis poni non possit, *l. senatus, 43. §. pen. de legat. 1.* Deinde quia finis legandi hujusmodi legato obstat: quippè legata ex animo & benevolentia erga legatarium proficisci debere, non puniendi aut terrendi hæredis causa relinqui: pœnæ verò causa quod legatur, non beneficentiæ erga legatarũ exercendæ gratia relinqui; sed contrà naturam legati odio hæredis, ut sit pœna, non præmium, non honos. Quin & tertia ejusdẽ juris ratio dari potest, quod scilicet per ejusmodi legata infringebatur libertas faciendi, quod jure cuique facere licet, & licere debet: quod & ipsum jus civile improbat, *l. Titio, 71. §. 2. de cond. & dem.* atque hanc quoque rationem videtur significare Theophilus, cùm ait hoc genus legati modum quemdam præscribere hæredibus, κατ' ὃν ἰδιωτεύεσθαι.

Adimebatur vel transferebatur.] Exemplum sit; *Titio centum do, lego. Titius filiam suam Seio in matrimonium ne collocet. Si Titius filiam suam Seio collocaverit, quod Titio legavi, non do, non lego: vel, quod Titio legavi, Sempronio do, lego.*

2 *Quod coërcendi hæredis causa relinquitur.*] Vel etiam quod coërcendi legatarii causa adimitur aut transfertur, ut in exemplo modò proposito. Plenius aliquanto definit Ulpianus *tit. 24. §. pœna, 16. Pœna,* inquit, *causa legatur, quod coërcendi hæredis causa relinquitur, ut faciat quid, aut non faciat, non ut quid ad alium pertineat:* id est, non ut legatum, quod alicui relictum est, facilius à legatario percipiatur aut obtineatur. Quæ nos definitio docet, non omnem eum pœnæ nomine legare intelligi, qui coërcendi hæredis gratia legat; sed eum solùm, qui nullam aliam causam legandi habet, quàm ut hæres coërceatur: quod diligenter notandum est, ut scilicet intelligamus, legatum pœnæ nomine non relictũ videri, nõ solùm cùm hæres non constringitur ullo modo, sed etiam, cùm constringitur aut coërcetur, sed alius rei gratia, legati scilicet, quod datum est, juvandi aut voluntatis testatoris confirmandæ.

Et in tantùm hæc regula observabatur.] Amplificat veterẽ regulã quatuor modis. 1. Quod etiam Principes in eo, quod pœnæ nomine ipsis relictũ erat, huic se juri subjiciebant. 2. Quod nec ex eo testamẽto militis hujusmodi legata debebãtur. 3. Quod ne libertas quidẽ pœnæ causa dari poterat. 4. Quod placebat nec hæredẽ pœnę causa adjici posse. Quibus & quintũ adjici potest, quod nec fideicommissa, quorũ longè laxior natura, quàm legatorũ erat, pœnæ nomine dari poterant, *Vlp. tit. 25. §. pœna, 11.*

Hujusmodi scrupulositas nobis non placuit.] Iustinianus etiam in hoc articulo juris veteris observationem, ut nimis scrupulosam abrogandã putavit, 3 idque efficit constitutione ea, quæ extat in *l. un. C. de his quæ pœn. nom.* ut jam quæ pœnæ nomine relinquuntur, vel adimuntur, aut transferuntur, non minùs valeant quàm cætera, quæ jure relicta sunt. Et profectò nemini iniquum videri debet, eum, qui hæres instituitur aut legato honoratur, pro modo relicti à testatore gravari, aut constringi, ut aliquid faciat, quod possit facere, & honestè possit: præsertim cùm voluntatẽ defuncti legis instar observari etiam veteres voluerint, *l. ex facto, 35. §. rerum, 3. de hær. inst.* Humanũ tamen esse plerisque visum est, ut hæres ob iustam ac probabilẽ causam saltem excusetur à pœna. *Covar. in c. Rainaldus, §. 1. n. 7. de testam. Peregrin. lib. 3. de jur. fisc. cap. 10. n. 108. Sand. lib. 4. tit. 6. def. 1.* Ex his verò perspicuum est, errare interpretes qui putant, jam tum rempore mediæ iurisprudentiæ pœnæ nomine legare licitũ fuisse, & Iustinianũ hic intelligere ius quoddã antiquius eo, quod relatum est in Pandectas. Causam errori 4 præbuit, quod intellexerunt, quid sit, pœnæ nomine legare. Putant, tale legatum: *Hæres uxori meæ pœnum dato: si non dederit, centum dato;* quale legatum citrà controversiam semper valuit, *l. 1. de pœn. leg. l. 1. §. item si, 18. ad leg. Falc. l. cum fine, 19. quand. d. leg.* exemplum esse eius, quod pœnæ nomine relictum est. Verùm ex definitione Ulpiani paulò antè à me relata atque illustrata facilè apparet, hoc exemplũ ad legata pœnæ causa relicta nõ pertinere: quippè in quo nihil proponitur relictũ aut cautum odio hæredis, aut ob eam causam, ut hæres coërceatur: sed totum apparet relictũ & cautum uxoris gratia. Manifesta igitur illa ignoratio est elenchi. Neque necesse est, ut cum Cuiacio *tract. 5. ad African. in l. 1. de his quæ pœn. nom.* excipiamus de regula hanc speciem, *Hæres meus tale monumentum mihi ædificato; si non ædificaverit, centum Titio dato, leg. l. 6. leg. in testamento, 27. de cond. & demonstr.* nam ne hoc quidẽ legatum pœnæ nomine relictum dici debet ex superiore definitione, quod præcipuè testatoris causa relictum est, & quo hæres provocetur ad faciendum, quod testator sibi fieri voluit. Iustiùs movere interpres potuit, *d. leg. 1. de his quæ pœn. nom.* Sed iam docti omnes vident, locum istum esse interpolatum, Tribonianumque de suo hæc verba, *illicitè vel probrosè*, responso Africani inseruisse, atque in calce item adiecisse verbum *talem*, ut subserviret constitutioni Iustiniani, quæ

eadem

quidem sublato jure veteri permittit pœnæ causa legari, sed excipit, quæ illicita, probrosa, vel impossibilia sunt.

Impossibilia vel legibus interdicta] Impossibilia: veluti si quis ita leget, *Heres meus, nisi digito cœlum tetigerit*, aut, *nisi mare ebiberit, Titio centum dato.* Legibus interdicta & probrosa, veluti si ita leget, *Nisi amitam uxorem duxerit, dato*: vel, *Si parenti alimenta præstiterit: Si patrem ab hostibus redemerit, dato, l. conditiones, 9. de cond. inst.*

Hujusmodi dispositiones valere secta meorum temporum non patitur] Meritò hujusmodi dispositiones ne nunc quidem valere patitur: quippè pœnæ locus dari non debet, ubi nullum delictum, nulla fraus aut culpa est, *l. aliud est fraus*, 131. *de verb. sign.* Quæ verò culpa aut fraus in eo, qui non facit, quod vel natura impossibile est, vel legibus aut bonis moribus contrarium. Igitur hujusmodi legatū, *Heres meus nisi mare ebiberit, nisi matrem domo expulerit, centum Titio dato*, nullius momenti est, ut benè Glossa in *d. l. un. C. de his quæ pœn. nom.* notat, & diserte scriptum est in *d. l. 1. ff. eod.* Mitorque adeò judicium Bachovii in *Treutl. vol. 2. disp. 13. th. f. 6.* & Sutholti, qui hoc à præceptore hausit, *dissert. 11 n. 59.* contendentium, in proposito non vitiari legatum, sed vitiari illud ipsum, & pro non adjecto haberi, quod adjectū impossibile aut legibus interdictum est, *arg. §. impossibilis, 10. sup. de her. inst. l. ab omnibus, 104. §. 1. de legat. 1. l. 5. de cond. & d. monst. cum simlib.* quibus locis traditur, conditionem impossibilem aut turpem legato adjectam legatum non vitiare, sed ipsam vitiari & pro nō scripta esse. Quis enim non videt, quantùm interfit, utrùm simpliciter quis centū leget sub conditione impossibili aut turpi, putà hoc modo, *Titio, si digito cœlum tetigerit, si uxorem suam prostituerit, centum do, lego*; an centum leget pœnæ causa, eo hæredi injuncto; quod impossibile aut probrosum est; veluti si ita dicat, *Heres meus nisi digito cœlum tetigerit, nisi uxorem suam prostituerit, centum dare damnas esto?* Illic legatum non vitiatur, sed favore ultimæ voluntatis ejusmodi conditiones detrahuntur aut remittuntur, ut legatario, cui nihil imputari potest, si audi sit, quod non pereat conditiones, cui per rerum naturam aut leges parere non potest. Hic legatum nullius momenti est, non quia legata adjecta impossibilis aut turpis conditio: sed quia relictum est puniendi hæredis causa, si ipse conditioni non pareat, id est, non faciat, quod natura aut jure facere non potest. Hic inquam tale legatum inutile esse placet, ne puniatur, qui pœnam non meretur. Atque hanc esse mentem Justiniani ex hoc ipso loco satis intelligitur, cum legatis, quæ pœnæ nomine relinquuntur, confirmatis, excipit ex eo genere, quæ impossibilia aut turpia sunt. Vidit tandem hoc etiam D. Bachovius, & verum esse confessus est in comment. ad hunc §.

TITULUS XXI.

De Ademptione Legatorum, & Translatione.

Continuatio. Quàm variis modis ademptio legatorum fiat.

DICTUM hactenus est de iis, quæ ad constitutionē legati pertinent: nunc, uti mos est Jurisconsultorū, exponitur, quomodo rectè ab initio constituta infirmentur. Id fit cùm aliis modis, tum maximè ademptione aut translatione; de quibus etiam hic Justinianus solùm agit. Est autem hæc facultas liberrima, ut quod testator semel alicui legavit, id ei adimere, aut in alium transferre possit: voluntasq; defuncti ambulatoria est usque ad vitæ supremum exitum, *l. 4 h. t.* Ademptione legati vel ipso jure legatū extinguitur, vel ope exceptionis enervatur. Ipso jure legatū ademptum intelligitur, si testator declaraverit contrariā voluntatē: idque vel verbis; sive directò contrariis, dum testatur se adimere quod dedit; sive aliis quibuscumq;, ex quibus apertè intelligatur, pœnituisse eum prioris voluntatis: arg. *l. Divi, 13. eod.* vel rebus & factis: veluti si legatum consulto induxerit, *l. nihil interest, 16. eod.* aut rem legatā destruxerit, *l. si ita, 65. §. ult. de legat. 1. l. Iana, 88. §. 2. de legat. 3.* aut in novā speciem transtulerit, quæ ad priscinā materiā reduci non possit, *d. l. Iana, in pr. & §. 1.* vel nulla necessitate adductus alienaverit, de quo actum, *tit. præc. §. si rem 12.* vel denique si quis nomen debitoris sui alteri legatum exegerit, de quo sub *§. tam autem, 21. eod. tit.* Ope exceptionis adēptio introducitur, si quid intervenerit, ex quo mutata volūtas testatoris colligi possit, cū neque verbis, neque facto aliquo palàm declaravit se legatū adimere; veluti si graves inimicitiæ inter testatorē & legatariū intercesserint, nec reconciliatio sequuta sit, hic petenti legatario obstabit exceptio doli ex nuda eaque præsumpta contraria voluntate, *l. 3. §. ult. iunct. l. seq h. t.* Perinde omninò assentior Bartolo in *l. si ita, 14. de legat. 1. Ang. Mynsing. & Schneid. hic*, posse legatariū opposita exceptione doli submoveri, etiamsi imperfecto testamento legatū ademptum esse proponatur: quippe cùm hæc exceptio obstet omnibus, qui voluntate

tate testatoris destituuntur, *l. 4. §. præterea, 10. de dol. mal. exc. l. militis, 36. §. 3. de testam. mil.* Præter hæc, quod hic non tangit Iustinianus, legata etiam casu intercidunt, videlicet si testamentum, quo aliquid relictum est, rumpatur aut irritum fiat, *l. filio, 17. de injust. rupt. l. 8. §. pen. de inoff. test. l. si nemo, 181. de reg. jur. l. 1. C. de post. hær. inst.* Una tamen hic exceptio est ex jure novissimo, nisi testamentum rescissum sit ex causa præteritionis aut exhæredationis: quod cùm incidit, sola institutio irrita esse jubetur, cætera autem capita rata manere, *auth. ex causa, C. de lib. præt. vid. sup. tit. de inoff. test.* Porrò eadem libertate, qua legatum adimitur, etiam in alium transferri potest, de quo in §. 1. seu parte hujus tit. altera.

TEXTUS.

Ademptio legatorum, sive eodem testamento adimantur, sive codicillis, firma est. Sed & sive contrariis verbis fiat ademptio; veluti si quod ita quis legaverit, Do, lego, *ita adimatur:* Non do, non lego: *sive non contrariis, sed alijs quibuscumq; verbis.*

NOTÆ.

SIVE EODEM TESTAMENTO] Potest enim quod priore scriptura testamento datum est, posteriore adimi, *leg. 13. l. 17. eod. l. 16. de vulg. & pup.*

SIVE CODICILLIS] Testamento confirmatis ipso jure. Ulp. *tit. 24 § 27. fac. l. 43. de man. test. d. l. 16. de vulg. & pup.* non confirmatis tuitione prætoris, opposita petenti doli mali exceptione, *l. 4. §. 10. de dol. mal. exc.*

FIRMA EST] *l. 17. C. de legat.* Quippè voluntas defuncti ambulatoria est usque ad vitæ supremum exitum, *l. 4. h. t.*

ALIIS QUIBUSCUMQUE VERBIS] Ut *in l. 3. §. 8. l. 13 eod.* vel si facto aliquo contrarium voluntatem declaraverit, cujusmodi exempla habes, *l. 16. eod. l. 65. §. 2. de leg. 1. l. 88 eod. 3. §. 12. sup. tit. præt.* Ope etiam exceptionis ademptio introducitur ex nuda contrariæ voluntatis præsumptione, veluti si graves inimicitiæ inter testatorem & legatarium exortæ fuerint, nec reconciliatio secuta, *l. 3. §. ult. l. seq. h. t.*

COMMENTARIUS.

Sive eodem testamento] Meminit tantùm ejusdem testamenti, propterea quod si aliud testamentum factum fuerit, hoc ipso legata priore testamento relicta infirmantur, unaque cum testamento in quo relicta sunt, citrà ullam aliam revocationem corruunt. Et igitur quod priore scriptura testamento datum est, id posteriore adimi potest, *l. Divi, 13. l. nihil prohibet, 17. hoc tit. l. si quis, 16. de vulg. & pup.* Atque adeò etiam statim & continenter, ut opinor revocari; putà hoc modo, *Centum Titio do, lego: imò non do, non lego.* Neque obstat, quod traditur in *l. ubi, 188. de reg. iur.* ubi pugnantia in testamento jubentur, neutrum valere: quod Græci reddiderunt τὰ ἐν διαθήκῃ ἀλλήλοις ἐναντιούμενα οὐκ ἔῤῥωται, quoniam regula ista procedit in perplexis atque inter se collidentibus: cujusmodi speciem habemus in *l. si Titius, 16. de cond. inst.* non ubi prior scriptura per posteriorem corrigitur, commutatur, aut rescinditur, *d. leg. nihil prohibet,* & ibi *Gloss. & Bart. hoc tit.*

Sive codicillis] Intellige testamento confirmatis, ut benè Martin. & Placent. teste Accurs. *hic & in præfat. Nov. 159. vers. manifestum.* Qui cum codicillis testamento non confirmatis nihil directò dari potuerit, *l. libertate, 43. de man. test. §. præterea, 10. inf. de fideic. hær.* consequens est, & arguit, *l. si quis, 16. de vulg. & pup.* nec quod testamento datum erat, codicillis non confirmatis potuisse adimi; ita quidem certè, ut ademptio ipso jure valeret; nam quin petens legatarius per exceptionem doli hoc casu repelli potuerit, non est dubitandum, *l. 4. §. præterea, 10. de dol. mal. exc.* Errat igitur & *Accurs. dd. loc. & Bart. in l. si ita, 14. de legat. 1.* quorum ille contendit, ne confirmatis quidem codicillis ipso jure legatum adimi hic contrà ipso jure adimi codicillis etiam non confirmatis: quod tamen novo jure defendi poterit. Quoniam autem olim legata ab intestato dari non poterant, quæri non potuit, an ita data aliis codicillis potuerint adimi: sed huic quæstioni locus erat in fideicommissis. Hodie tamen etiam in legatis est, post eorum cum fideicommissis exæquationem: cumque dari legata codicillis & ab intestato possint, consentaneum est, posse etiam ipso jure similiter adimi: eoque jure utimur.

TEXTUS.

1. *Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest; veluti si quis ita dixerit,* Hominem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do, lego: *sive in eodem testamento, sive codicillis id fecerit: quo casu simul & Titio adimi videtur, & Sejo dari.*

NOTÆ.

1. TRANSFERRI QUOQUE] Quatuor transferendi figuras commemorat Paul. *l. 1. eod.* quibus & quinta addi potest ex 89. *de cond. & dem.* cum quod prius sub conditione datū est, deinde purè legatur.

QUEM TITIO LEGAVI, SEIO DO, LEGO] Hic ex ipsa conceptione perspicuè apparet. Titio adimi, quod ei legatum erat, & Sejo dari, *l. 5. eod.* Diversa formula est; *Titio hominem Stichum do, lego: Sejo eundem do, lego*: hoc enim modo eadem res duobus disjunctim legatur, §. 8. *in prac.*

COMMENTARIUS.

A *Balio ad alium*] Ex Cajo *l. 5. hoc tit.* Potest verò & aliis modis translatio fieri. Paulus *l. 6. eod.* quatuor modos commemorat. *Aut enim*, inquit, *à persona in personam transfertur*; ad quem modum pertinet species hic proposita: *aut ab eo, qui dare jussus est, transfertur, ut alius det: aut cùm res pro re datur, pro fundo decem aurei: aut quod purè datum est, transfertur sub conditione.* Adjiciatur & quintus, cùm quod prius sub conditione datum est, deinde purè legatur, *l. non ad ea.* 89. *de cond. & dem.*

Hominem Stichum, quem Titio legavi, Seio do, lego] Videtur hæc formula similis esse formulæ conjunctionis, quæ re fieri dicitur, cùm disjunctim eadem res duobus legatur; qualis illa, *Titio hominem Stichum do, lego: Sejo eundem do, lego*: qua nil Titio adimi, sed Sejus in eandem rem cum Titio vocari intelligitur, §. *si eadem, tit. prac.* nisi evidenter appareat, adimere testatorem voluisse, *l. si pluribus*, 33. *de legat. 1.* Sed diversæ omninò sunt hæ formulæ: & cùm quis ita dicit, *Quod Titio legavi, id Seio do, lego*; ex ipsa conceptione perspicuè apparet, Titium & Sejum non conjungi in eandem rem, sed adimi Titio, quod ei legatum erat, & Sejo dari. Quam ob causam etiamsi persona legatarii non mutetur, sed verbi gratia ita testator scripserit, licet ex continenti, *Stichum quem Titio legavi, hæres meus illi dato, si illud aut illud factum erit*; legatum sub conditione translatum videri responsum est, eo quod commemoratione prioris legati posteriùs scriptum sit, *l. non ad ea*, 89. *de cond. & dem.* Obstare tamen videtur, quod ex Iuliano Ulpianus & Paulus referunt, in hac specie, *Ex qua parte Seium instituì, ex eadem parte Sempronius hæres esto*; Sejum & Sempronium conjunctim intelligi institutos, *l. Iulianus*, 15. *in pr. de hær. inst. l. triplici*, 142. *in fin. de verb. sign.* Sunt qui in institutione hæredum sic jus esse arbitrantur, in legatis contrà quod ego falsum puto, & diversas esse formulas, *Stichum, quem Titio legavi, Seio lego*: & *Stichum, quem Titio legavi, eundem Seio lego*: illa enim apertè adimitur Titio, quod Sejo datur: hac uterque in eandem rem manifestè conjungitur; cùm idem utrique legatur.

TITULUS XXII.

De Lege Falcidia.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

IN disputatione de legatis omitti non debuit de lege Falcidia, qua novissimè antiqua legandi licentia repressa, & modus legatorum constitutus est. Indicatur hic primum occasio hujus legis ferendæ; inde summa juris lege constituti proponitur. Tertio docetur, quo tempore visum sit spectari modū patrimonij in ponenda ratione legis. Postremò, quæ res antè rationē Falcidiæ deducantur, ostenditur, & quomodo porrò in reliquo ratio legis ineatur.

TEXTUS.

Superest, ut de lege Falcidia despiciamus, qua modus novissimè legatis impositus est. Cùm enim olim lege duodecim tabularum libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare; quippe cùm ea lege ita cautum esset, Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto: *visum est hanc legandi licentiam coarctare: idq; ipsorum testatorum gratia provisum est, ob id quod plerumq; intestati moriebantur, recusantibus scriptis hæredibus pro nullo aut minimo lucro hæreditates adire. Et cùm super hoc tam lex Furia, quàm lex Voconia latæ sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consummationem videbatur, novissimè lata est lex Falcidia, qua cavetur, ne plus legare liceat, quàm dodrantem tutorum bonorum: id est, ut sive unus hæres institutus sit, sive plures, apud eum eósve pars quarta remaneat.*

NOTÆ.

LEGASSIT SUÆ REI] Dativus acquisitivè positus, ut & in *l. 120. de verb. sign.* id est, pro commodo

commodo & utilitate rei suæ, super pecunia & re sua, ut verba legis referunt auctor ad Heren. & Ulp. *tit.* 11. §. 13.

IPSORUM TESTATORUM GRATIA] Non singulorum; sed in genere. & quasi in abstracto consideratorum. Nam singulorum potiùs hæredum gratia leges hæ latæ, *l.* 71. *hoc tit.*

TAM LEX FURIA, QUAM VOCONIA] Quarum illa cavebat, ne suprà mille asses legare liceret. Ulpian. in *fragm. pr.* Hæc, ne quis census plus cuiquam legaret, quàm ad hæredem perveniret. Cic. 3. *in Verr.* Th. hic add. Cujac.

NEUTRA SUFFICIENS] Quia neutra finem legandi faciebat, & utraque de singulis tantùm cavebat legatariis.

QUAM DODRANTEM] Itaque hac demùm lege certis terminis circumscripta est legandi licentia, dum non de singulis legatariis, sed de cunctis cavet, ne ultrà dodrantē in legata cōsumatur, *l.* 1. *h.t.*

SIVE UNUS SIVE PLURES] Hoc tamen sic temperandum est, ut procedat, si legata simpliciter ab omnibus relicta sint; aliud, si unus gravetur nominatim, §. *seq.*

COMMENTARIUS.

1 *Occasio legis hujusmodi ferendæ.*
2 *Exponuntur verba legis duodecim*, uti legassit suæ rei.
3 *Quo affectu leges Furia, Voconia, Falcidia testatorum gratia latæ dicantur.*
4 *Latas esse hasce leges hæredum potissimum causa, non singulorum testatorum.*
5 *Quid à quo cautum lege Furia.*
6 *Quid à quo lege Voconia.*
7 *Quando à quo lata lex Falcidia, & quid in ea cautū.*
8 *Ad quæ vel statim, vel sensim virtus legis producta.*

1 LEge *duodecim tabularum libera erat legandi potestas*] Causa seu potiùs occasio rogandæ hujus legis. Lege duodecim tabularum licebat testatoribus universum patrimonium suum in legata consumere, nihil ut hæredi relinqueretur, præter onus & molestiam æris alieni. Sic enim ea lege simpliciter cautum erat, uti quisque legavisset, ita uti jus esset, *l. verbis*, 120. *de verb. sign.* Hac licentia cùm testatores usi essent, eveniebat plerumque, ut suprema eorum judicia destituerentur, recusantibus scriptis hæredibus nullo suo aut quàm minimo lucro hæreditatem adire, atque aliena duntaxat gratia maximis sæpè oneribus minimeque necessariis se implicare. Quod cùm & ipsis testatoribus inutile esset, & publicè interesse existimaretur supremas hominum voluntates conservari; *l. 5. test. quem aper.* visum est ex usu esse reip. hæredes justo aliquo lucro ad adeundam hæreditatem invitari, quo suprema morientium judicia retinerentur. Id quod ita commodè fieri posse creditum est, si libertas illa legandi intrà certum modum ac finem cohiberetur, ut cùm non totum patrimoniū legatis exhaustum foret, esset aliquid videlicet, quod hæredes ex testamento caperent. Quæ res cùm primum lege Furia, deinde Voconia tentata esset, tandem lege Falcidia perfecta est.

Uti quisq; legassit suæ rei] Ita quoque verba legis 2
duodecim referuntur in *l. verbis*, 120. *de verb. sign.* *Legassit suæ rei* dictum pro *super pecunia & re sua*: quomodo auctor ad *Heren. lib.* 1. *& Ulp. in fragm. tit.* 11. §. *testamento*, 13. legis verba referunt, quasi dictum esset, pro commodo & utilitate rei suæ; ut sit dativus acquisitivè positus, ut loquuntur Grammatici. Illud enim minimè convenit, ut hæc verba *rei suæ*, non ad verbum *legassit*, sed ad illa, *ius esto*, referantur, atque ita legamus, *Uti legassit, ita rei suæ jus esto*: quod voluit *Alciat. ad d.l. verbis, & Baro hic.* Primum quia verba illa, *ita jus esto*, absolutè ponuntur. Deinde, quia etsi transitū in rem aliam haberent, tamen nemo ita loqueretur, *ita ius esto illius rei*, sed *de illa re*. Denique non dicimus, si quis quid legaverit, *ita jus esto de re sua*, sed *de re eius*, utentes pronomine demonstrativo, non reciproco; quia legans de se prius locutus non est.

Ipsorum testatorum gratia] Ait, leges Furiam, Vo- 3
coniam, Falcidiam ipsorum testatorū gratia latas, ne scilicet, ut subjicit, voluntas eorum destituto testamento periret. Fortè etiam hæc ratio fuit, quod qui substantiā omnem legatis erogant, credibile sit errore ductos id facere, existimantes, plus se in bonis habere, quàm habet, *arg. l. in fraudem, qui & à quib. man.* Quanquam autem etiam retenta plena legandi licentia, & secundùm eam exhausto legatis patrimonio, legatarii adhuc facere possunt, ut voluntas servetur; quippè qui ne deserto testamento nihil consequantur, potiùs cum hærede paciscentur partemque remittent: § 2. *inf. in fin. eod.* tamen facilius hæredem inductum iri, ut hæreditatem adeat, legumlatores putaverunt, si jure suo & beneficio legis partem aliquam haberet, quàm si beneficio legatariorum. Licet autem hinc intelligere, leges hasce rogatas non esse singulorum 4
testatorum gratia, sed tantùm in genere & quasi in abstracto testatores à latoribus consideratos, tanquam omnes ita affecti sint, ut malint partem legatariis detrahi, quàm, voluntatem suam in totum perire. Etenim singulorum testatorum favore si hæ leges introductæ essent, licuisset singulis, & verbi causa Titio testatori, huic suo

favori renuntiare, & testamento cavere, ne hæres aliqua harum legũ uteretur: quod non licuisse certum est, sed contra etiam invito testatore, contrà sententiam ejus, eoque prohibente, vim suam illas exercuisse, ut de lege Falcidia expressè traditũ est, *l. quod bonis*, 15. §. 1. *& ult. l. Titia*, 86. *in fin. h. t.* convenienter capiti secundo ejusdẽ legis, quo nemini plus legare permittitur, quàm dodrantem bonorum. *l. 1. in pr. vers. secundo, eod.* Hujus rei etiam fortissimum argumentum est, quod placet, in testamento militis legi Falcidiæ locum non esse, *l. 7. C. eod. l. 12. C. de test. mil.* Nam si ex voluntate testatoris induceretur, vel magis valere deberet in testamento militis, utpotè cujus voluntati multò plus, quàm cæterorum tribuitur. Illud enim planè à ratione juris nostri alienum est, quod cum Porcio Mynsingerus tentat, ideò in testamento militis cessare Falcidiam, quod hoc ipso, quod cautum est, ne legi Falcidiæ locus esset in testamento militis, cautum quoque intelligatur, ut hæres à milite institutus, velit, nolit, hæreditatem adeat, compellente eum, si nolit, magistratu: & adhuc magis, quod illi magis placet, dum existimat cum Corasio, eo, quem miles hæredem instituit, repudiante, proximos qui ab intestato veniunt, legati præstatione obstringi. Et quid si illi quoque repudient? Denique ex eo quoque perspicuè apparet, Falcidiam non induci ex voluntate, singulorum testantium, quod laudatur hæres, qui solida legata præstat, quasi pleniore officio fidei fungens, & apud quem plus valeat defuncti voluntas, quàm beneficium legis, *l. 1. & ult. C. h. t. l. 5. §. si quis*, 15. *de don. int. vir & ux.* Porrò ex his simul intelligimus, latas esse superiores leges in hæredum potissimum gratiam, & nominatim Falcidiam, de qua sola nunc quæritur; quod etiam disertè traditum est in *l. potest*, 71. *h. t.* ac proinde toto cœlo errant, qui asserunt, hasce leges principaliter & potissimũ introductas esse testatoris causa: secundum autem testatorẽ causa hæredis; quo in numero etiam D. Hotomannus est.

Lex Furia] Primus C. Furius Tribunus plebis 5
liberam illam legandi potestatem coangustavit, lege perlata, ne cui suprà mille asses legare liceret, constituta quadrupli pœna adversus eum, qui plus cepisset, *Vlp. tit. 1. & Theoph. hic.* qui tamen non asses, sed νομίσματα habet, id est, aureos seu solidos. Et fortè hæc eadem lex est, quam intelligit M. Tullius pro Corn. Balb. *Tuus*, inquit, *apud majores nostros legem C. Furius de testamentis*, sed tamen non ausim hoc certò affirmare; quia quid ea lege, quam memorat, cautum fuerit, non exprimit: atque ex solo Ulpiano & Theophilo discere possumus, qui lege Furia testamentaria, cujus hic meminit Iustinianus, cautum, tentatumque sit coërcendæ licentiæ legandi gratia, videlicet, ne legare liceret ultrà mille asses. Qua quidem re etsi modus aliquis legatis imponitur, finis tamen non fit legandi: & cum de singulis duntaxat legatariis lex caveret, facilè evenire poterat, ut uno atque altero, itemque tertio legato hæreditas, præsertim non opulenta, tota absumeretur, atque hoc modo res ad vetus incommodum recideret.

Lex Voconia] Cùm usu omnium rerum magistro compertũ esset, lege Furia superiùs incommodum 6
nequaquam esse sublatum, Q. Voconius tribunus plebis aliud remedium adhibendum esse existimavit. Igitur abrogata lege Furia ipse aliam tulit, ne quis census plus cuiquam legaret, quàm ad hæredem hæredésve pervenerit, ut ex Verrina de prætura urbana intelligitur; ubi duo hujus legis capita memorantur, quorum altero coërcitæ mulierum hæreditates, altero cautum (quod etiam Theophilus scribit) ne plus haberet legatarius, quàm hæres. Verũ ne hac quidẽ lege finis legandi factus, cùm & ipsa de singulis tantùm caveret legatariis. Quid enim si numerus legatariorũ tantus sit, ut in singulos singulis sextulis erogatis, una quoq; tantùm sextula, & fortè unus aureus hæredi relinquatur? Quis spe tantuli lucelli hæreditatẽ alicujus cernat? Sed & lex illa de eo tantùm cavebat, qui census esset: ei verò, qui census non esset, licebat per eandẽ legẽ plus legare, quam ad hæredẽ pervẽturũ erat, ut ex eodẽ loco Ciceronis intelligi potest.

Lex Falcidia] Quæ & ipsa plebiscitum est. Lata 7
est à Pub. Falcidio tribuno plebis, temporibus Augusti, Cn. Domitio Calvino & C. Asinio Pollione Coss. anno ab urbe condita DCCXIV. teste Dione *lib.* 48. Hac demùm lege certis terminis circumscripta est legandi licentia, dum non de singulis legatariis, seu de cunctis cavet, ne ultrà dodrantem in legata consumatur, *l. 1. hoc tit.* Quare ut maximè legetur multis, semper tamen quadrans totorum bonorũ post hanc legem latam hæredis lucro cedat necesse est. Superiores igitur leges etsi modũ legatis imponebant, nullum tamen faciebant legandi finem: hæc & modum & finem fecit: quam ob causam & ipsa sola superioribus antiquatis recepta, atque in hoc usque tempus retenta est.

Ne plus legare] Lex Falcidia nominatim de le- 8
gatis locuta videtur. Cæterùm & ad alia producta est: & statim quidem, ut opinor, interpretatione prudentum ex legis sententia ad fideicommissa singularum rerum. Neque enim persuadere mihi possum, id primùm factum Senatusconsulto Pegasiano centum demùm annis post legem latam; quamvis ferè omnes sic sentire videam,

motos

motos, §. *sed quia, 5. seq. tit. vers. ex singulis.* Nam cùm utique hoc lex velit & caveat, ne minus, quàm quarta pars bonorum hæredibus relinquatur; ut proinde directò ea pars nec auferri, nec minui à testatore potuerit, *l. quod bonis, 15. §. 1. & ult. h. t.* quis credat, obliquè id fieri potuisse, licitumq; fuisse tam longo tempore, legis sententiam circumvenire, patrimonium fideicommissis onerando aut exhauriendo? Neque in *d. vers. ex singulis.* Expresè dicitur, retentionem quartæ partis ex singulis rebus per fideicommissum relictis permissam esse Senatusconsulto Pegasiano, sed simpliciter, permissam esse, non addito, quo jure permissa sit: quanquam etiam alia istius loci interpretatio est. Quin etsi Tribonianus expresè hoc affirmaret, mihi tamen id suspectum foret. Sanè in libris nostris promiscuè, quantùm ad hanc rem attinet, de legatis & fideicommissis singularibus tractatur, *l. 5. l. si tacitum, 13. l. quod bonis, 15. l. filiusfam. 18. & passim hoc tit. l. 2. & l. 3. C. eod.* Porrò lex Falcidia producta etiam est ad donationes mortis causa, idque constitutione, *l. 5. C. eod. l. 2. C. de don. mort. ca.* Quod si quis dicat, etiam per mortis causa donationes fraudem legis fieri potuisse, is cogitet, antè hanc constitutionem eandem rationem harum donationum & inter vivos fuisse: quippè sic donata placebat anteà in computationem Falcidiæ non venire: propterea quod vivo testatore exibant ex bonis ejus: siquidem etiam quod mortis causa donabatur, ἰσὶ τὸ πολὺ statim transferebatur in donatarium. Cæterùm quoniam revocare hujusmodi donationem licebat, nec antè plena ac perfecta censebatur, quàm mors insecuta fuisset, *l. non videtur, 32. de mort. ca. don.* ob hanc causam Severo visum est, id etiam quod ita donatum est, hactenùs in patrimonio computari, ut de eo quarta Falcidiæ nomine detrahi posset. At fideicommissa omnimodò in bonis relinquuntur, ut demùm post mortem ab hærede præstentur. Exemplo donationum mortis causa admissa etiam est Falcidia in donationibus inter virum & uxorem, quæ morte confirmantur, *l. in donationibus, 12. C. h. t.* propter fideicommissa quoque introducta est in intestatorum successionibus. Quod à Divo Pio factũ scribit Paulus in *l. filiusfam. 18. h. t.* Denique vis legis Senatusconsulto Pegasiano tracta est etiam ad fideicõmissarias hæreditates, de quo seorsũ *tit. seq.*

Sive unus, sive plures] Interest verò, utrùm legata simpliciter ab omnibus hæredibus relicta sint, an ex pluribus hæredibus ex certis partibus institutis aliqui nominatim gravati: illo enim casu sufficit, ut solida legata præstentur, dodrantem hæreditatis ea non excedere: hoc casu non item; quia suæ quisque partis, ex qua institutus est, quadrantem habere debet. De quo §. *seq.*

Pars quarta remaneat] Nec solùm hæres, si possidet, quartam partẽ retinere potest, aut errore facti non retentam repetere, *l. 1. §. si legatarius, 11. hoc tit. l. 9. C. eod.* sed etiam si non possidet, portionem suam à quovis possessore vendicare, *l. lineam, 26. eod.* Putat D. Cujacius, à Iustiniano id primum constitutum esse, *l. pen. C. eod.* verùm hoc vel ex eo refellitur, quod placet legata pro rata portione ipso jure per legem Falcidiam minui, *l. in quantitate, 73. §. ult. eod. vid. Ant. Fab. lib. 4. conject. 1. & lib. 6. c. 2.*

TEXTUS.

1. *Et cùm quæsitum esset, duobus hæredibus institutis, (veluti Titio & Seio) si Titii pars aut tota exhausta sit legatis, quæ nominatim ab eo data sunt, aut suprà modum onerata: à Seio verò aut nulla relicta sint legata, aut quæ partem ejus duntaxat in partem diminuant: an quia is quartam partem totius hæreditatis, aut amplius habet, Titio nihil ex legatis, quæ ab eo relicta sunt, retinere liceat, ut quartam partem suæ partis salvam habeat: placuit posse retinere. Etenim in singulis hæredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est.*

NOTÆ.

1. EXHAUSTA, AUT SUPRA MODUM ONERATA] Per legem Falcidiam delibari hæreditas potest, onerari aut exhauriri non potest, Cujac.

PLACUIT POSSE RETINERE] Ratio dubitandi, quod videri potest legi satisfactum, cùm quarta pars apud alterum maneat illibata.

IN SINGULIS HÆREDIBUS] Ratio decidendi ex *l. 77. eod.* Nam cùm lex omnibus & singulis hæredibus consultum velit, apparet legi non satisfieri, nisi singulis quoque hæredibus suæ cujusque partis quarta pars intacta servetur.

COMMENTARIUS.

1 *Cur dubitatum, an in specie hic proposita Falcidiæ locus esset: & cur esse placuerit.*

2 *Quando in portionibus defectis ratio legis habeatur.*

LEge Falcidia potestas facta est patrifamilias tantam pecuniam testamento dandi legandi,

quantã volet; dum ita detur, legetur, ut ne minus, quàm quartam partẽ hæreditatis hęredes capiant. In uno hærede instituto res expedita est: nam si is solutis legatis quartam totius hæreditatis integram habet, legi satisfactum est; eaque portione contentus esse debet, sive semel ex toto asse institutus sit, sive ex pluribus partibus, ex una purè, ex altera sub conditione, ex una legatis onerata, ex altera illibata, *l.1 § id quod, 13. l. in ratione, 11. §. pen. h.t.* cujus rei ratio peti potest ex *l. cum hæres, 52. §. 1. de acq. hær.* Manifesta quoque est legis sententia, ubi plures quidẽ hæredes, sed sine partibus omnes instituti sunt, aut legata simpliciter ab omnibus relicta. Sed quæritũ est, duobus aut pluribus hæredibus ex certis partibus institutis, si unius duntaxat portio nominatim onerata sit aut exhausta, an legi satisfactum videri debeat, si apud cohæredes pars quarta hæreditatis maneat intacta. Placuit autem, satisfactum non videri, idque hac ratione, quod lex non de uno aliquo hærede caveat, sed ex æquo omnibus consultum velit, *l. in singulis, 77. eod. & hoc text. in fin.*

Duobus hæredibus institutis] Testator cùm nõ ampliùs, quàm centũ in bonis haberet, duos hæredes, purà Titium & Seium, utrumque ex semisse hæredes instituit. A Titio quadraginta aut quinquaginta legavit: à Seio verò nihil, aut minus viginti quinque, ita ut apud Seium quarta totius hæreditatis pars, vel etiam ampliùs, atque adeò semis integer maneat. Quæritur, an mortuo testatore Titius integra quadraginta aut quinquaginta, quæ ab eo nominatim relicta sunt, legatariis solvere teneatur, an nihilominùs quartam partẽ suæ partis possit retinere. Videri poterat legi Falcidiæ satisfactũ esse, cùm quarta pars apud alterum maneat illibata; utique satis esse ad intentionẽ legis, hoc est, ad sustinendũ testamentum, si vel unus suo quadrante contentus hæreditatem adierit. Placuit tamen in proposito Titium quartam partem ejus partis, ex qua institutus est, retinere posse. Quippè legẽ non simpliciter cavere, ut quarta pars hæreditatis salva maneat, sed nominatim ut hæredes quartam partem ex testamento capiant. Quibus verbis cùm non uni alicui hæredi tantùm, sed omnibus & singulis consultũ velle intelligatur, appareret legi nõ satisfieri, nisi singulis quoque hęredibus suæ cujusq; partis quarta pars intacta servetur. Et hoc est, quod dicitur, in singulis hæredibus rationem legis Falcidiæ ponendã esse, *l. in singulis, 77. h.t.*

In singulis hæredibus ratio legis ponenda] Hoc tamen ita est, si omnes, qui instituti sunt, hæredes extiterint: nam si quidam defecerint, in portionibus defectis non semper separatim ratio legis Falcidiæ habetur; sed aliquando hæ confunduntur cum portionibus aliorum, qui hæredes extiterunt. In quo hæc distinctio probata est, ut si verbi causa ex duobus hæredibus institutis alter deficiat, à quo aut nihil, aut parum relictũ erat, atque ita hujus portio vel substitutionis vel accretionis jure ad cohæredem, cujus portio onerata est, pervenerit, placeat legatarios per deficientem portionẽ adjuvari, videlicet ut integra legata præstentur, quæ non præstarentur, si is, qui defecit, hæres extitisset. Quod si pars, quæ accessit, exhausta sit, aut onerata; ejus verò, qui accessit, integra aut tantùm delibata, tum perinde in deficientis portione ratio Falcidiæ ponatur, ac si ad eum, qui suam portionem omisit, pervenisset. Extat hæc distinctio in *leg. quod si alterutro, 78. h.t.* eademque à contrario sensu colligi potest ex *l. 4. C. de fideic.* quanquam variasse Iurisconsultos apparet ex *l. 1 §. si cohæredis, 14. h.t.* de cujus § lectione vide *Cujac. 4. obs. 35.* Et hanc rationem habere videtur, quod is cujus portio onerata est, uti ex sua persona legata præstat, ita & ex sua persona tantùm Falcidia utitur: qui verò suam portionẽ integram habet, legata præstat ex persona deficientis; cujus proinde jure eum uti æquum sit, *arg. l. 10. l. qui in jus, 177. de reg. jur.* Indicatur hæc ratio non obscurè in *l. qui fundum, 87. §. qui filium, 4. l. 1. §. id quod, 13. h.t.* Cæterùm in parte onerata, quæ defecta est, sententia superior sic accipienda ac temperanda, si cohæres deficiens testatori supervixerit, ut dici possit moriente testatore fuisse institutus. Nam si vivo testatore decesserit, quia isto modo fit, ut alter solus tempore mortis testatoris reperiatur institutus, ex sua parte purè, ex defecta, quasi sub conditione, quæ jam extitit, solida legata præstanda erunt, satisque tunc est, ut legi satisfiat, hunc alterũ totius assis quadrantem consequi: auctore Iuliano in *d. l. qui fundum, §. 4.* nam ut legata in ea specie repetita esse dicamus cum Cujac. 4. *obs. 35.* ratio decidendi, qua Iurisconsultus utitur, nõ sinit; qui etiam diserte sententiã suam sic restringit, ut dicat eam tunc procedere, cùm cohæres vivo testatore decessit. Quod etiam Paulus nõ obscurè significat in *d. l. 1. §. id quod, 13.* sic enim ait, legata per oneratam deficientis portionẽ non augeri, si is omiserit hæreditatẽ, *add. Don. 8. comm. 23.* Cujacius *4. obs. 36. & 15. obs. 14. & 25. obs. 23. Ant. Faber 4. coni. 13. & 18. coni. 14. & seq.* mirè variant, nec sibi constant. Est verò universæ superiori distinctioni locus in legatis uno eodemq; testamento relictis; ad ea legata, quæ pater, primis tabulis ab impubere, secundis à substituto reliquit, non pertinet: siquidẽ vetus est juris regula, *In tabulis patris & filij unam Falcidiam servari, l. in ratione*

ne, 11. § *quod vulgo*, 5. & *pen. l. in duplicibus*, 79. *d. l. qui fundum*, 87. §. *ult. hoc tit.* quasi legata secundis tabulis relicta primis sub conditione data videantur.

TEXTUS.

2. *Quantitas autem patrimonij, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur. Itaq; (verbi gratia) si is, qui centum aureorum patrimonium in bonis habeat, centum aureos legaverit, nihil legatariis prodest, si antè aditam hæreditatem per servos hæreditarios, aut ex partu ancillarum hæreditariarum, aut ex fœtu pecorum, tantùm accesserit hæreditati, ut centum aureis legatorum nomine erogatis, hæres quartam partem hæreditatis habiturus sit: sed necesse est, ut nihilominùs quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso si septuaginta quinque legaverit, & antè aditam hæreditatem in tantùm decreverint bona, (incendiis fortè, aut naufragiis, aut morte servorum) ut non ampliùs quàm septuaginta quinque aureorum substantia, vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur. Nec ea res damnosa est hæredi, cui liberum est non adire hæreditatem: quæ res efficit, ut sit necesse legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum hærede in portione pacisci.*

NOTÆ.

2. QUANTITAS PATRIMONII, &c.] Ex Cajo *l. 73. eod.* Ratio est, quoniam hæres quartam ex bonis hæreditariis habere debet, id est, iis, quæ tempore mortis cujusque inveniuntur; ex quo nimirum tempore dies legatorum cedit, *l. un.* §. 3. *C. de cad. toll.* Atque hinc est, quod neque accessione legata augeri, neque decessione minui prudentibus placuit, sed incrementum omne & damnum, quod jacente hæreditate contingit, hæredem sequi, *d. l. 73, l. 30. pr. l 15. §. 3. in fin. l. 56. pr. eod.* cujus regulæ vitia traduntur, *d. l. 30. §. 2. & 3.*

SOLIDA LEGATA DEBENTUR] Nempè si damnum circà rem aliam, quàm quæ legata est, inciderit. Nam damnum circà rem ipsam seu speciem legatam contingens legatarium sequitur, hæresque interitu rei legatæ liberatur, §. 16. *sup. de legat.* ex jure scil. communi omnium debitorum certæ rei, *l. 23. de verb. obl.* add. *l. 30. hoc titul. ναὶ ναί.*

CUI LIBERUM EST NON ADIRE HÆREDITATEM] Neque enim legatarii aut fideicommissarii particulares hæredem cogere possunt, ut hæreditatem adeat, quod solis permissum fideicommissariis universalibus, propterea quod in hos etiam onera ex Sc. transferũtur, *l. 14 § 5 & seq. ad Sc Treb.*

NE NIHIL CONSEQUANTUR] *d. l. 73. in fin. pr. h. t.* Nam destituto testamento, id est, hæreditate ex testamento non adita, legata extinguuntur, *l. 14. C. de fideic.*

COMMENTARIUS.

1 *Exceptio regulæ hic propositæ.*
2 *Ejusdem regulæ declaratio.*
3 *Hæredem à legatariis cogi non posse, ut adeat.*

IN quantitate patrimonii exquirenda circà deductionem Falcidiæ visum est mortis tempus spectari exinde accessione legata augeri, neque decessione minui; sed incrementum omne & damnum, quod jacente hæreditate contingit, hæredem sequi, *l. in quantitate, 73. l. quod bonis, 15. §. 3. in fin. l. cum quo, 56. pr hoc tit.* Cuius rei ratio est, primùm quoniam hæres quartam partem ex bonis hæreditariis habere debet: at ea propriè sunt, quæ tempore mortis cujusque inveniuntur. Deinde quia legatorum dies ex tempore mortis testatoris cedit, hoc est, legata ex eo tempore deberi incipiunt, *l un. §. 3. C. de cad. toll.* adde quod per legem Falcidiam legata ipso jure minuuntur, *d. l. in quantitate, § ult.*

Nihil legatariis prodest, si antè aditam hæreditatem, &c] Postquàm placuit, à morte testatoris legata deberi pro eo modo patrimonii, qui tunc fuit; accessio antè aditam hæreditatem contingens legatariis prodesse non debet, *d. l. in quantitate, d. l. in ratione, hoc tit.* Excipiendum tamen hic est, si quid accesserit ratione facti præcedentis aut obligationis à defuncto contractæ: veluti si debitoris, qui solvendo non erat, facultates post mortem creditoris ampliatæ fuerint, aut conditio crediti tunc extiterit: nam istis modis placet ex postfacto uberiorem videri fuisse hæreditatem commodo legatariorum, *l. cum quo, 56. §. 1. eod.* eandemque rationem habet, quod responsum est, si pater, cum quo ex contractu filii de peculio agi poterat, à creditore filii hæres institutus sit, & legis Falcidiæ ratio ponatur, peculii quantitatem, non quod mortis, sed quod aditæ hæreditatis tempore fuit, in quadrantem patri imputari: *d. l. cum quo, §. 1. l. si creditor, 83. eod.* quamvis peculio post

post mortẽ creditoris deminuto, juxtà regulã spectetur tempus mortis, neque legatariis id noceat; quasi nihil interfit, peculiũ post mortem creditoris deminutũ sit, an debitor pauperior factus, *d. l. cum quo, in pr. l. eo tempore*, 50. §. 1. *de pecul.* Quamobrem quod vulgò dici solet, *eandem rationẽ esse damni & commodi*, id intelligamus locũ habere in iis, quæ primùm emergunt & accedunt post mortem, veluti si quid accesserit hæreditati ex fructibus, ex partu ancillarum, aut per servos hęreditarios quæsitũ: *hoc text. & d. l. in quantitate, d. l. in ratione*, 30. *h. t.* non in iis, quibus causam dedit præcedens factum testatoris. Quinimò hæc, si subtiliùs res examinetur, non post mortẽ demùm accedunt, sed omninò ad tempus mortis sunt referenda; quoniã ratione principii & fundamenti jam tum in bonis fuerunt: quemadmodũ & servi, qui apud hostes sunt, post mortem testatoris reversi, quod ad Falcidiam pertinet, locupletiorem faciunt hæreditatem, *l. servi*, 43. *eod.* ita fermè & *Bachov. hic.*

In tantùm decreverint] *d. l. in ratione*, 30. *d. l. in quantitate.* Sunt verò hæc sic accipienda, si damna circà res alias, quàm quæ legatæ sunt, inciderint: nam si res ipsa legata perierit sine culpa hæredis, id non hæredi, sed legatariis nocet, secundùm tenorem perpetui juris, quo traditum est, omnes debitores, qui speciem aliquam, id est, rem certam debent, liberari, si ea res antè moram sine facto eorum perierit, *l. si ex legati*, 23. *de verb. obl. l. 5. de reb. cred.* Sciamus igitur, tunc periculo hæredis esse res hæreditarias, cùm res incerta legata est, veluti homo in genere, aut quantitas, putà centum aurei, decem modij frumenti. Hic enim etsi res omnes hæreditariæ perierint, dici tamen nunquam potest rem, quæ legata est, periisse, *l.* 11. *C. si cert. pet.* eleganter Mæcian. in *d. l. in ratione*, 30. §. 2. *& aliquot seqq.* vid sup. *§. si res*, 16 *de legat.*

Cum hærede in portione paciscī] In fideicommissariis hæreditatibus provisum est Senatusconsulto Pegasiano, ut si scriptus hæres nolit adire hæreditatẽ, jussu prætoris adeat, & restituat. Hoc verò beneficiũ neque legatariis, neque his, quibus singulæ res per fideicommissũ relictæ sunt, tributũ est, *l. si quis*, 17 *si quis om. ca. testi l. nam quod*, 14. *§. non omnis, & 2. & seq. ad Sc. Treb.* quo loco Hermogenianus etiam differentiæ rationẽ reddit; nimirũ nullam habere iniquitatẽ, quod fideicommissi hæreditatis servandi causa hæres adire cogatur, postquàm Senatusconsulto Trebelliano cautum est, ut omnia onera hæreditatis transferantur in eum, cui ex fideicommisso hæreditas restituta est, *l.* 4. *eod. tit.* legati verò aut fideicommissi particularis causa hæredẽ compelli adire hæreditatẽ æquum non esse; propterea quod in hos onera hęreditaria transferrī non possunt, neque admittendũ est, ut quis alieni duntaxat emolumenti causa se æri alieno & litibus, vexationibus, aliisque molestiis implicare cogatur. Proinde hoc solum relinquitur, ut legatarij cum hærede in portionẽ paciscantur; quod illi facilè facturi sunt, & potiùs aliquid remissuri, quàm ut patiantur testamentũ destitui, totumque quod legatum est, sibi perire, *d. l. in quantitate, in fin. pr.*

TEXTUS.

3. *Cùm autem ratio legis Falcidiæ ponitur, antè deducitur æs alienũ, item funeris impensa, & pretia servorũ manumissorũ: tunc demùm in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud hæredem remaneat, tres verò partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione ejus, quod cuiq; eorum legatum fuerit. Itaq; si fingamus, quadringentos aureos legatos esse, & patrimonij quantitatem, ex qua legata erogari oportet, quadringentorum esse, quarta pars legatariis debet detrahi. Quod si trecentos quinquaginta legatos fingamus, octava debet detrahi. Quod si quingentos legaverit, initio quinta, deinde quarta detrahi debet. Antè enim detrahendũ est, quod extrà bonorum quantitatem est, deinde quod ex bonis apud hæredem remanere oportet.*

NOTÆ.

3. DEDUCITUR ÆS ALIENUM] *l. 6. C. eod.* id est, omne, cujus præstandi, necessitate defunctus obstrictus fuit, *l. 54. D. eod.* Nam Falcidia detrahitur ex bonis: bona autem non intelliguntur, nisi quæ deducto ære alieno supersunt, *l. 39. §. 1. de verb. sign.*

FUNERIS IMPENSA] Ea est quæ fit funeris causa; sine qua neque funus duci, neque mortuus sepeliri honestè potuisset, *l.* 14. *§.* 3 *de relig.* Et semper ex hæreditate deducitur, *l. 3. C. d. t.* adeoque omne creditum solet præcedere, cùm bona solvendo non sunt, *l. pen. D. eod.*

SI FINGAMUS QUADRINGENTOS] *l.* 73. *§. ult. h. t.* Legata ad contributionem dodrantis pro rata suæ cujusque quantitatis revocantur, *l. 2. l. 6. §. 2. C. eod.* Not. Falcidiæ locum non esse in testamento militis, *l.* 7. *C. eod.* ex novo jure nec in legato in pios usus relicto. *Nov.* 13. *c.* 12. *auth similiter, C. eod.* nec in ea re, quæ ita relicta, ne alienetur,

tur, *auth. sed & ca. C. eod* nec cum hæres inventarium facere neglexerit, *l. ult. §. pen. C. de jur. del.* Nec cùm testator expressè prohibuit hæredem beneficio legis uti. *Nov. 1. cap. 2. auth. sed cum testator, C. h. t.*

COMMENTARIUS.

1. *In bonis defuncti quæ numerentur, cum de lege Falcidia quæstio est.*
2. *An hæres, quod sibi à defuncto debetur, deducat, & quid si rogatus, ne id legatarijs imputet.*
3. *Quibus casibus lex Falcidia cesset.*

ANtequam summa constituatur, unde quarta Falcidiæ deducenda sit, necesse est exquiratur, quid in patrimonio defuncti sit habendum: ex eo enim quartam hæres habere debet. Patrimonium cuiusque dici scimus, cuiusque facultates aut substantiam, sive quod quisque in bonis habet, *l. nam quod 14. §. ult. l. cogi 16. ad Senatusconsultum Treb.* Bona cuiusque intelliguntur, quę deducto ære alieno supersunt, *l subsignatum 39. §. 1. de verb. sign.* Nimirum ergo in bonis seu patrimonio defuncti sciamus non numerari omnia, quæ cùm moreretur, habuit, sed id solùm, quod hæreditariis oneribus deductis supereſt. Cujusmodi onera sunt, æs alienum hæreditarium, funeris impensæ, & pretia servorum manumissorum: quæ omnia idcirco in ponenda ratione legis Falcidię deduci placuit, uti hoc loco docetur. Cætera, quæ appellatione bonorum continentur, in patrimonij quantitate esse intelliguntur, si modò eius naturæ sint, ut & ad hæredes certò mansuræ transeant, (nam contra est, si vel non transeant, ut actio injuriarum, ususfructus, *l. 33. hoc tit.* vel ita transeant, ut non sint mansuræ. Exempl. *in l 11. §. 1. & 2. l statu liber. 38. eod.*) & ex iis hæres aliquid commodi percipere potuerit. Non enim computatur nomen inane, quòd tantùm ex eventu hæreditatem auget, *l. Nesennius 22. §. pen l. cum quo 56. §. 1. eod.* neque debitum naturale nondum solutum; *l. 1. §. id quod 15. eod.*

Æs alienum] Primum in hanc deductionem venit æs alienum, id est, id omne, cuius præstandi necessitate defunctus obstrictus fuit, *l. pater 54. hoc tit.* Sed & æris alieni loco habetur, si quid est, cuius præstandi causa mortuo testatore ante aditam hæreditatem nata est, tanquam contractum ab hæreditate, *l. æris 39. eod.* Illud quæsitum circa hanc deductionem, an etiam hæres, quod sibi à defuncto debetur, detrahere possit. Subtilitas rationis facere videtur, ne possit: quippe cùm aditione hæreditatis confundatur obligatio, atque ita fiat, ut quod prius ei debebatur, deberi desinat, *l. sicut 75. l. Stichum 95. §. 2. de solut.* Sed nihilominùs placuit deduci posse, *l. 6. Cod. hoc tit.* idque ob hanc proculdubio causam, quoniam in ratione legis Falcidiæ, cùm de æstimatione patrimonii agitur, mortis tempus spectatur, quo tempore nondum est ulla actionum confusio. Hodie hoc amplius à Justiniano tributum hæredi, qui inventarium confecit, ut nec adita hæreditate actiones eius confundantur, sed ut similem cum creditoribus extraneis formam habeat; *l ult. §. in computatione 9. C. de jur. delib.* Quid si hæres rogatus sit, ne creditum legatarijs imputet? Ratione doli mali exceptionis apud arbitrum Falcidiæ volũtas defuncti servabatur, *l. si debitor 12. hoc tit.* sic ut debito fini quadrantis compensato, superfluum æris alieni tantùm dodranti detrahatur, *l. quod bonis 15. §. cum fideicommissum 4. eod.* Exemplũ esto. Quadraginta sunt in bonis: hæredi debita ducenta: legata trecenta. Hæres compensabit cùm quadrante centum; reliqua centum de dodrante detrahet. Hodie de hoc supervacuo quæritur: quoniam Falcidiæ detractio nominatim vetari potest. *Nov. 1. cap. 2.*

Impensa funeri,] Ea est, quæ fit causa funeris, hoc est, ut funus ducatur, mortuus efferatur & sepeliatur, & sine qua neque funus duci neque mortuus sepeliri honestè potuisset. Quare etiam id, quod erogatum est in locum, in quem mortuus infertur, funeris causa impensum videri debet, *l. & si quis 14 §. funeris 3. de rel. & sumpt. fun. l 1. in fin. cum l. seq. hoc tit.* Hæc autem impensa semper ex hæreditate deducitur, quæ etiam omne creditum solet præcedere, cùm bona solvendo non sunt, *l. pen. de relig. & sumpt fun.*

Pretia servorum manumissorum] Nec tantùm eorum, qui testatoris proprij fuerunt, verùm etiam quos hæres cùm alieni essent, redimere & manumittere rogatus est, *l. eius 37. §. 1. eod.* Aliarum quoq; impensarum, quæ modò hæreditatis suscipiendæ causa factæ sunt, deductionem permisit Justinianus, *l. ult. §. in computatione 9. C. de jur. delib.* Quæ sequuntur, interpretem non desiderant. Illud sciendum est, beneficium legis Falcidiæ non esse perpetuum. Et jam olim etiam cessabat in testamento militis, *l. 7. C. hoc tit. l. 12. C. de test mil.* item in dote mulieri relegata; propterea quod suam rem mulier recipere videtur, *l. sed ususfructus 81. § 1. hoc tit.* in commodo tamen præsentationis legi patuisse locum non dubito, *arg. l. 2. in pr. dot. præl. l. 1. §. si quis 10. hoc tit.* Libertates quoque datæ per Falcidiam non minuebantur, *l. si servus 33. eod. l. 8. §. quarta 9. de inoff. test.* Hodie cessare creditur in legato in pios usus relicto, *per auth. similiter, C. hoc tit.* quanquam *in Nov. 131. c. 11.* unde *d. auth.* sumpta

est, hoc non dicatur absolutè & contra sæpè judicatum, *Sand. lib. 4 tit. 7. defin. 10. Christin. vol. 1. decis. 320. in fin. Fachin. 5 contr. 17.* si testator rem legatam vetuerit alienari, *Nov. 119. cap. 11. unde auth. sed & ex. C. hoc tit.* & in universum si prohibuerit expressè hæredem Falcidia uti. *Nov. 1. c. 2. auth. sed cum testator. C. hoc tit.* item si hæres inventarium facere neglexerit, *l. ult. C. de jur. delib.* Indignus etiam olim beneficio legis Falcidiæ visus est, qui id egerat, ut fideicommissum intercideret: & qui non capienti rogatus erat restituere, per Senatusconsultum Plancianum quartam retinere non poterat, *l. beneficio 59. pr. & §. 1. hoc tit.* Postremò qui sciens aut errore juris totum legatum solvit, nullam quartæ nomine condictionem habet, *l. 9. Cod. hoc tit.* Circa detractionem Falcidiæ nihil apud nos servatur, alienum à jure Romano, *vid. Grot 2. manuduct. 23. Gudelin. lib. 2. cap. 11.*

TITULUS XXIII.

De fideicommissarijs hæreditatibus.

Ratio ordinis: tum quid sit fideicommissum.

SUPRA titulo de legatis §. 3. promisit Imperator, se separatim de jure legatorum & fideicommissorum tractaturum, ne scilicet permista utriusque juris tractatio rem ipsam redderet difficiliorem aut magis laboriosam. Expositio igitur jure legatorum, quæ ratione obligationis & tempore & jure antiquiora sunt fideicommissis, superest nunc, ut de fideicommissis instituatur disputatio; quod alterum est partitionis ante positæ membrum. *Fideicommissum, est,* auctore *Ulp. in frägm. tit. 25. quod non civilibus verbis, sed precativè relinquitur; nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.* Igitur sic rectè definiveris; *Fideicommissum est id omne, de quo quis suprema defuncti voluntate rogatus est, ut daret vel faceret.*

TEXTUS.

Nunc transeamus ad fideicommissa. Sed prius est, ut de hæreditatibus fideicommissariis videamus.

NOTÆ.

FIDEICOMMISSA] Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precativè relinquitur. *Ulp. tit. 25.* Legatum autem relinquitur legis modo, id est, imperativè, *dato, capito, sumito damnas esto dare.* Idem *tit. 24.*

HÆREDITATIBUS FIDEICOMMISSARIIS] Fideicōmissum aut universale est, quo hæreditas aut pars hæreditatis relinquitur; aut particulare seu potius singulare, quo relinquuntur res singulæ, *tit seqq.*

COMMENTARIUS.

1. *Fideicommissi divisio: & summa eorum, quæ hic explicantur.*
2. *Cur prius de fideicommissis hæreditatis, quàm singularum rerum agatur.*

FIdeicommissum aut universale est, aut particulare seu potius singulare. Universale, quod hæreditatem vel totam vel partem ejus continet. Particulare, quo non hereditas aut pars hereditatis, sed res singulæ relinquuntur; quod proinde rectius dixeris, singulare, aut speciale. De fideicommissis rerum singularum agitur proximè: de universalibus sive de fideicommissariis hæreditatibus hoc præsenti titulo; in quo Justinianus ostensa prius communi fideicommissorū origine & incremento disserit de forma relinquendi fideicommissum hæreditatis ab hærede scripto, deque restitutæ hereditatis effectu; tum de Senatusconsultis Trebellhano & Pegasiano, ac mox de Pegasiani in Trebellianum transfusione: inde docet, qui restituere rogari possint. Ad extremum aliquid de suo adspergit, ad probationem fideicommissi in genere pertinens. 1

Prius est] Quemadmodum prius egit de hæredibus instituendis & deferenda testamento hæreditate, quàm de legatis testamento dandis, acquisitionem universitatis, ut digniorem, præponens acquisitioni rerum singularum. ita etiam hic prius agere voluit de fideicommissis universalibus, quæ vi & effectu idem sunt, quod hæreditas; postea de fideicommissis singularibus, quæ respondent legatis: de quibus alioqui prius dicendum fuerat juxta §. 3. *de legat.* Nam uti quoque monuimus in explicatione *d.* §. 3. exæquatio legatorum & fideicommissorum, de qua illic agitur, ad fideicommissariam hæreditatem minimè pertinet; quoniam fideicommissarius restituta hæreditate heredis loco habetur; sed ad specialia fideicommissa duntaxat. Potest & hæc ratio dari, quod cùm antequam de legatis dissereret, egerit de deferenda directò hereditate tum hæredem instituendo tum substituendo, rectè quoque nunc atque ordine faciat, quo antequam disputet de fideicommissis rerum singularum, doceat quomodo hæreditas deferatur indirectò atque 2

que obliquè, sive quomodo per fideicommissum hæredes substituantur. Vide quæ notavimus sub §. *ult. per quas perf. cuique acq.* & ad *rubr. de vulg. subst.*

TEXTUS.

1. *Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse: quia nemo invitus cogebatur præstare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hereditatem vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant. Et ideò fideicommissa, appellata sunt quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea divus Augustus primus, semel iterumq; gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur & populare erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem; tantusq; eorum favor factus est, ut paulatim etiam prætor crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant.*

NOTÆ.

1. QUIBUS NON POTERANT HÆREDITATEM] Quales proscripti, deportati, &c. exemplum habes apud Cic. *lib. 1. in Verr.* & ex parte, orbi, cœlibes Ulp. *tit. 22. §. 2. & tit. 15. cum seqq* item fœminæ ex lege Voconia. Huius generis exempl. apud eundem 2. *de finib.*

QUI CAPERE POTERANT] Cùm hæres clam fidem accommodat, ut incapaci restituat, id fideicommissum tacitum dicitur, *l. 103. de leg. 1.* Gloss. Bass. *tacitum, σιγηρὸν ὁ ἐστιν ἔξω τῆς διαθήκης*, domestica cautione vel chirographo promissum, *l. 103. de leg. 1. l. 10. de his quæ ut indign.* Hodie vim legis eludere prohibitum, nec alijs tacitè relinqui potest, quàm qui palam relictum capere possunt, *l. 1. C. de delat. lib. 10.* Ulp. *tit. 25. §. 6. & 15. d. l. 103. & d. l. 10.*

SED TANTÙM PUDORE] Fide, religione, probitate. Id enim, qui tum pudor erat hominum, videbatur vinculum satis validum implendæ voluntatis defuncti.

PER IPSIUS SALUTEM] Antiquissimum genus jurisjurandi aut potius asseverationis vehementioris etiam sanctis viris usurpatum Gen. c. 42. 15. *μὰ τὸν ὑγίειαν Φαραὼ per salutem Pharaonis.*

ET POPULARE] Th. *χαρίεν τῷ δήμῳ*, Plin. *Paneg. non quia populare gratumq; audientibus.*

IN ASSIDUAM IURISDICTIONEM.] Ita tamen, ut extra ordinem ipsi magistratus de fideicommissis cognoscerent, non more usitato formulam & judicem darent. Ulp. *tit. 25. §. 10. l. 178. §. 2. de verb. sign.*

PRÆTOR PROPRIUS] Claudius duos creavit. Suet. in *Claud. c. 23.* ex quibus unum Titus detraxit, *l. 2. §. 31. de orig. iur.* Cæterùm prætor ad certam summam cognoscebat, de majore consules jus dicebant. Quint. *l. 3. c. 6.* unde lucem accipit Ulp. *d. loc.*

COMMENTARIUS.

1. *Ante D. Augusti tempora fideicommissa vim obligandi non habuisse: notato Mynsi.*
2. *Genera incapacium, & in his gratificandis fideicommissorum usus.*
3. *Lege Voconia mulieres hæredes institui non potuisse.*
4. *Accurata in hoc legis caput acquisitio.*
5. *Legem istam postea in desuetudinem abiisse.*
6. *De fideicommissis extra ordinem jus dicit solitum & quorum ea iurisdictio, n. 8.*
7. *Quod in l. 1. iunct. l. 2. C. comm. de leg. disponitur, non pertinere ad fideicommissa universalia.*

PRimùs temporibus infirma] Olim ante D. Augusti tempora fideicommissa nullam vim obligandi habebant, sed eorum præstatio fide, religione, ac probitate pendebat eius, qui rogatus erat. Nam quemadmodum quod precario alicui utendum conceditur, totum pendet à liberalitate & voluntate ejus, qui concessit, sine ulla necessitate obligationis: *l. 1 & 2. de precar.* ita nec ex precibus testatoris quenquam invitum obstringi debere existimabant, non magis quàm ex commendatione, *l. 11. §. 2. de leg. 3.* Nam quod potestati & arbitrio alicuius relinquitur, cuiusmodi est quod rogatur, non inducit obligationem, *l. in venditoris 13. C. de contr. empt.* Mynsingerus *primis temporibus* sic interpretatur, ante legem duodecim tabularum suavissimo utens argumento, quod utique sub Numa Pompilio fideicommissa viguisse verisimile sit, utpote sub quo rege vel maxima vis fidei fuerit. Quæ insignis est *ἀνυποστάτα*. Sic enim ille disserit, ut videatur existimasse, jam ante urbem conditam, decemviros legem tulisse, aut post legem latam regnasse Pompilium. 1

Qui capere ex testamento poterant] Duplex olim usus fideicommissorum fuit: unus in morientibus in peregrinatione, ubi sæpè evenìebat, ut testamentum facere non possent propter penuriam testium civium Romanorum: quæ res etiam usum codicillorum invexit, *inf. de codic. in pr.* alter in gratificandis incapacibus; cùm scilicet hæres clam fidem accommodabat, ut incapaci restitueret. Quod fideicommissum tacitum dicitur, *l.* 103. *de leg.* 1. *Gloss. Bass. Tacitum, σιγηρὸν ὃ ἐστιν ἔξω τῆς διαθήκης*, domestica cautione vel chirographo promissum, *d. l.* 103. *l.* 10. 2 *de his quæ ut indign.* Incapacium antem olim duo fuere genera: unum eorum, qui conditione personę capere non poterant, quo in numero erant proscripti, deportati, item dedititij & Latini Juniani, omnesque qui cives Romani non erant: alterum eorum, qui cives erant, sed propria & civili ratione aut nihil, aut non solidum, aut non ex omnium testamentis poterant capere; quales ex lege Voconia virgines, mulieres; ex lege Julia de maritandis ordinibus, cœlibes orbi. Quæ diligentius executus sum in explicatione principij *tit. de hæred. inst.* Exemplum fideicommissi prioris generis incapacibus relicti in proscripto habemus apud Ciceronem *lib.* 1. *in Verr.* qui de prætura urbana dicitur, ubi de P. Treboni testamento commemorat, qui cùm Aulum fratrem proscriptum haberet, scripsit ut hæredes jurarent, se curaturos, ut ex sua cuiusque parte ne minùs dimidia ad fratrem proscriptum perveniret. Alterius generis apud eundem *leg.* 2. *de finib.* ubi refert, P. Sextilium Rufum rogatum à Qu. Fabio Gallo, ut omnis hæreditas ad filiam perveniret, eamque rem Rufum ad amicos detulisse. Idem *eod. lib.* memorandum fieri exemplum narrat de Sex. Peduceo, qui rogatus hæreditatem restituere uxori testatoris, cùm sciret nemo, eum rogatum esse, ultrò ad mulierem venit, eique nihil opinanti viri mandatum exposuit, hæreditatemq; reddidit. Ostendunt 3 hæc exempla, lege Voconia mulieres hæredes instituì non potuisse, nõ uxorem à marito, non filiam à patre. Atque hinc porrò hoc quoque certò colligitur, nec ad patris legitimam hæreditatem filias à lege admissas fuisse, multoque minus consanguineas ad successionem fratrum: ac proinde quod Paulus *l.* 4 *sent.* 8. de rogatione Voconia scribit, esse *ἀμεάχημα μνημονικὸν*, quod pluribus confirmamus *inf. tit. de leg. agn. succ.* §. 3. Multorum lex Voconia scriptis celebrata est. Meminerunt Cic. *ad loc.* & in orat. *pro Corn. Balb.* Livius *lib.* 41 (in epitome Flori mendosè legitur *Volumnius* pro *Voconius*) *Quintil. declam.* 264. *Dio. lib.* 56. *Gell. lib.* 17. *c.* 6. & *lib.* 10. *cap.* 1. *Ascon. Pædian. in orat. de prat. urban. August. l.* 3. *de civ. Dei, c.* 21. Latam esse eodem loco scribit Augustinus inter secundum & postremum bellum Punicum: quod verũ esse liquet ex eo, quod apud Ciceronem *lib. de senect.* M. Cato gloriatur se eam legem suasisse, *cùm jam natus esset annos* LXX. sic enim legendum arbitror, nõ ut vulgò legitur, v. & LX. *annos*. Lata enim est, ut eodem loco indicatur, Q. Marcio Philippo iterum & Cn. Servilio Cæpione Coss. quorum consulatus incidit in annum ab urbe condita 585. qui est à consulatu M. Catonis & L. Valerij Flacci 26. ut patet ex chronologia rer. Rom. Ubbonis Emmij. Legis duo fuere capita, fortè etiam plura, quę ignoramus. Nam & infinitam legandi licentiam lege 12 tabularum concessam, exemplo legis Furiæ, coërcuit, ut *tit. præc.* demonstratum est; & quod præcipuum est, sanxit, ne quis virginem nève mulierem hæredem faceret, auctore Cicerone *d. lib.* 1. *in Verr.* Floro *dict. epitom.* ac ne filiam quidem, testibus *Ascon.* 4 *d. loc. & Augustino d. lib.* 3. *c.* 21. Utrum autem simpliciter & à tota successione mulieres remotæ fuerint, an partem aliquam saltem per legem adhuc capere potuerint, incertum est. Et filias quidem certè non in totum exclusas fuisse, ostendit locus Ciceronis 2. *de finib.* ubi ait, amicos Sextilij, quem rogatũ scribit hæreditatem restituere filiæ testatoris, censuisse non plus filiæ dandum, quàm posset ad eam lege Voconia pervenire. Lucium quoq; Lentulum temporibus Augusti, cùm adhuc vigeret lex Voconia, filiam suam ex parte hæredem scripsisse, intelligere licet ex *princ. inf. de codicill.* Dio verò *lib.* 56. de fœminis in universum refert, eas lege Voconia prohibitas *κληρονομεῖν ὑπὲρ δύο καὶ ἥμισυ μυριάδας ἀσσίας, supra* xxv. *millia substantiæ*. Ego, utut ad filias aliquid lege pervenire potuerit, non puto tamen quod Dio scribit, ipsa lege Voconia cautum fuisse, argumento eorum, quæ ex Cicerone, Ascon. Floro, Augustino protulimus: sed posteà legem, ut nimis rigidam, ita mitigatam; ut saltem partem aliquam mulieribus capere liceret, idque Dionem sic accepisse, quasi cautum à Voconio legis auctore, ut aliàs fieri solet. Illud tamen parum adhuc constat; quantam partem postea mulieribus percipere permissum. Quintilianus *d. declam.* ait, *lege Voconia cautum, ut ne mulieri plus quàm semissem relinquere liceret*: sed hoc, ut in scholasticis exercitationibus ferè fit, à Quintiliano confictum esse existimo cum Cujacio. Ipse autem Cujacius putat, lege cautum, *ut ne quis census mulierem hæredem faceret ultra quadrantem*, accommodans eo locum Dionis, quem accipit de xxv. millibus sestertium; quippe quæ fuerit quarta pars bonorum eius, qui census dicebatur, nempe qui centũ millia sestertium possidebat, quod Asconius prodidit in *d. lib.* 1. *in Verr.* nam vetus ratio postea valdè mutata fuit, auctisque civium opibus sestertij in locum assium

assium surrogari videntur; siquidem initio, ut ex Livio & Dionys. Halicarn. constat, maximus census erat centum millium æris seu assium; quam summam æquant xxv. mille sestertij, quippe quorum singuli quatuor assibus postea ęstimati sunt. Bachovius censet, locum Dionis rectius accipi de xxv. mille assibus, qui census initio quartæ classis fuit, & quarta census maximi pars. Interpres Dionis vertit, centum millia nummûm: sed ille haud dubiè nummum pro asse accepit, quamvis perperam: sestertium enim nummum, non assem, dicimus. Utut sit, illud constat, licet fideicommissum aliquod contra legem Voconiam aut similem relictũ fuisset, ac proinde hæres nulla necessitate obstringeretur ad illud præstandum; veteres tamen existimasse, contra officium boni viri hæredem facere; fidemq; violare, qui voluntati testatoris non pareret, ut perspicuum est ex eo, quod de Sext. Peduceo commemoravimus ex *lib. 2. de finib.* & quod Cicero eodem loco refert de Sextilio rogato omnem hęreditatem restituere filiæ testatoris; *Tenuit*, inquit, *Sextilius permagnam hæreditatem, unde si secutus esset eorum sententiam, qui honesta & recta emolumentis omnibus & commodis anteponerent, ne nummum quidem attigisset.* Notatur & à Val. Maximo avaritia Corneliæ, quod fideicommissa prædia filio Q. Pompeio publica quæstione prostrato non redderet, *lib. 2. c. 4. in fin.* Ex libris nostris manifestum est, legem Voconiam
5 postea planè in desuetudinem abijsse, & jam tum sua ætate obliteratã fuisse testatur Gellius *l. 20. c. 1.* Eo verò jure, quod post secutum est, nec licitum hæredi fuisse videtur, hæreditatem incapaci restituere: argumento est, quod favore fisci constitutũ fuit, ut si hęres huiusmodi fideicommisso tacitè fidẽ suam accommodasset, hæreditas ei auferretur & vendicaretur fisco, *l. 1. l. 3. de jur. fisc.* Ad fiscum quoque pertinuisse fideicommissum deportato relictum, constat ex *l. 7. de leg. 3.* Denique Ulp. *tit. 25. §. fideicommissa. 5.* cùm generaliter definivisset, fideicommissum non aliis dari posse, quàm quibus legari potest, solos mox excipit Latinos Junianos.

Gratia personarum motus] Igitur Augustus non confirmavit fideicommissa certa & perpetua lege, sed cùm unum atque alterum fideicommissum confirmasset ob causas, quæ hic memorantur, consules demum auctoritatem suam interponere jussit, id est, consulibus cognitionem de fideicommissis singulis annis aut in singulis negotiis mandavit. Ait, *gratia personarum.* Ipse Augustus relictum à se fideicommissum L. Lentuli gratia, qui rogaverat præstitit, *inf. de codic. in pr.* Potuit & eorum gratia moveri, quibus fideicommissum relictum dicebatur, puta personæ sanguine aliáve necessitudine defuncto conjunctæ, aut singulari conditione aliisve raris animi dotibus præditæ.

Per ipsius salutem] Antiquissimum genus jurisjurandi, aut potius vehementioris asseverationis etiam sanctis viris usurpatum, *Genes. cap. 42. 15.* μὰ τὴν ὑγείαν φαραὼ, per salutem Pharaonis.

In assiduam jurisdictionem] Ut jam non amplius 6
cognitio de fideicommissis speciatim in singulis negotiis aut cotannis magistratibus mandaretur, sed ut perpetuò vi & potestate magistratus sui de fideicommissis omnibus jus dicerent; quanquam extra ordinem, ut scilicet ipsi magistratus cognoscerent, non more judiciorum usitato formulam & judicem darent. Ulp. *tit. 25. §. 10.* unde fideicommissi persecutio extraordinaria dicitur, *l. 178. §. 2. de verb. sign.* Justinianus quidem, ut monuimus, *sup. §. 3. de legat.* in eo quoque fideicommissa exæquavit legatis, ut iisdem ordinariis actionibus, quæ pro obtinendis legatis olim competebant, quasque ipse postmodum pro legatis omnibus concessit, *l. 1. C. comm. de legat.* liceret persequi & fideicommissa, 7
l. 2. C. eod. Verùm hoc ad fideicommissa rerum singularum duntaxat, sicut & universa exæquatio, pertinet, erratque perspicuè Mynsingerus, dum id transfert ad fideicommissa hæreditatis.

Prætor proprius crearetur] Pomp. *l. 2. §. capta 32. de* 8
orig. jur. tradit, Claudium duos prætores creasse, qui de fideicommissis jus dicerent, ex quibus unum D. Titius detraxerit. Sueton. in *Claud. c. 23. Iurisdictionem*, inquit, *de fideicommissis cotannis & tantùm in urbe magistratibus delegari solitam in perpetuum, atque etiam per provincias potestatibus demandavit.* Quod etiam Ulp. *d. loc.* confirmat, scribens, cognitionem de fideicommissis in provincijs fuisse præsidum provinciarum: item *l. 5. C. de reb. cred.* Prætoris fideicommissarij mentio fit in *l. quæsitum 78. § pen. de leg. 3. l pen. in fin. qui 3. ad lib. proclam. l. si cui in pr. de cond. & dem. l. 2. C. qui pot. in pign.* Neque tamen solius prætoris in urbe jurisdictio de fideicommissis propria tunc esse cœpit, sed ita partita est, ut prætor ad certam summam cognosceret, de majore consules jus dicerent. Fab. *lib. 3. c. 6. Non debes*, inquit, *apud prætorem petere fideicommissum, sed apud consules: major enim prætoria de cognitione summa est.* Atque ita accipiendum quod Ulp. *d. tit. 25.* scribit, cognitionem de fideicommissis Romæ esse consulum, aut prætoris, qui fideicommissarius vocatur.

TEXTUS.

2. *In primis igitur sciendum est, opus esse; ut aliquis recto jure testamento hæres instituatur, ejusq; fideicommittatur, ut eam hæreditatem alij restituat: alioqui inutile est testamentum, in quo nemo hæres instituitur. Cùm igitur aliquis scripserit*, Lucius Titius hæres esto, *potest adjicere*, Rogo te, Luci Titi, ut cùm primum poteris hæreditatem meam adire, eam Cajo Seio reddas, restituas. *Potest autem quisque & de parte restituenda hæredem rogare: & liberum est vel purè, vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex certo die.*

NOTÆ.

2. RECTO IURE TESTAMENTO] Scilicet cùm quis testamento fideicommissum vult relinquere: nam sine institutione hæredis testamentum consistere non potest, §. 34. *sup. de legat.* Cæterùm potest & ab intestato fideicommissum codicillis relinqui, § 10. *inf. eod. Recto jure*, id est, directo jure, Schol. Th. ὀρθῶς, ἐξ ὀρθίας, sic *rectum judicium* pro directo, *l.* 18. §. *ult. commod. recta vindicatio* pro directa, *l.* 9. §. 2. *de acq. rer. dom.*

VEL EX CERTO DIE] Nam is, qui restituit, nihilominus hæres manet; ut hic non offendatur regula, neminem posse pro parte testatum, pro parte intestatum decedere, §. *seq.*

COMMENTARIUS.

1. *Quis cui à quo fideicommissum hæreditatis rectè relinquat.*
2. *Ex certo die aut in diem cur fideicommissum rectè detur, hæreditas non item.*

OBliqua acquirendæ hæreditatis ratio iisdem illis rebus constat, quibus directam constare diximus *sup.* §. *ult. per quas pers.* videlicet delatione fideicommissi & delati susceptione. Deferre seu relinquere fideicommissum hæreditatis possunt, qui & testamentum facere, *l.* 2. *de legat.* 1. *l.* 1. *in pr. & seqq.* §§. *de legat.* 3. *l.* 6. §. 3. *de jur. codicill.* Relinqui iis potest, qui qualem qualem testamenti factionem habent, id est, vel passivam, ut loquuntur, *arg.* §. *legari* 24. *sup. de legat. l.* 1. *de legat* 1. Neque ulla nunc est in hac parte differentia inter hæredum institutiones aut legata & fideicommissa, sive universalia sive specialia. Ab iis relinqui potest, ad quos hæreditas nostra perventura est, sive directò sive obliquè, sive ex testamento sive ab intestato, sive jure civili sive jure honorario, §. *præterea* 10. *inf. eod.* In modo relinquendi nihil interest, utrum testamento relinquatur, an codicillis: at testamento à solo hærede instituto relinqui potest, codicillis etiam à legitimo. Susceptio utriusque factum & voluntatem desiderat, & hæredis fideicommissum restituentis, & fideicommissarij restitutum accipientis: de quibus omnibus, aut maxima eorum parte, amplius in progressu.

Recto jure testamento hæres instituatur] Cùm quis testamento fideicommissum vult relinquere, necesse omninò est, quod hic traditur ut testator directò aliquem testamento hæredem instituat, eumque roget, ut hæreditatem alij restituat: quippe cùm sine institutione hæredis testamentum consistere non possit, § *ante* 34. *sup. de legat.* Utrum autem hæres institutus eodem testamento rogetur, an codicillis, nihil refert, §. 1. & 2. *inf. de codic. l.* 8. *eod.*

Vel ex certo die] Fideicommisso hæreditatis hoc cum legatis & fideicommissis rerum singularum commune est, ut non tantùm purè aut sub conditione, quomodo etiam directò potest hæres institui, verùm etiam ex certo die aut in diem relinqui possit, sicut legata & singulæ res per fideicommissum, *l.* 1. *& pass. tit. de cond. & dem.* quamvis directò hæreditas ita dari non possit. Nimirum diem hæredis institutioni adjectum pro supervacuo haberi placet, ne testator post tempus aut medio tempore, atque ita pro parte intestatus decedat, quod juris civilis subtilitas non patitur, §. *hæres* 9. *sup. de hær. inst. l.* 7. *de reg. jur.* At in restitutione hæreditatis hoc jus non offenditur, cùm his, qui restituit, nihilominus hæres maneat, §. *seq.*

TEXTUS.

3. *Restituta autem hæreditate, is quidem qui restituit, nihilominus hæres permanet: is verò, qui recipit hæreditatem, aliquando hæredis, aliquando legatarii loco habetur.*

NOTÆ.

3. NIHILOMINUS HÆRES PERMANET] Jure nostro, qui semel hæres extitit, non potest desinere hæres esse, *l.* 88. *de hær. instit. l.* 7. §. 10. *de minor.* quanquam restituta tota hæreditate nudum tantum nomen hæredis retinet.

COM-

COMMENTARIUS.

REgula est juris antiqui, *Qui semel hæres extitit, non potest desinere hæres esse*, *l. ei qui 88. in fin. de hær. inst. l. 7. § sed quod 10. in fin. de minor.* quæ regula ex eo sumpta est, quod placet obligationem & actionem à persona eius, cui aut adversus quem semel quæsita est, avelli non posse: de quo diligentius, Deo volente, præcipiemus *inf. sub. § 1. de action.* Hoc igitur jure constituto consequens est, nec eum, qui rogatu defuncti hereditatem alij restituit, hæredem esse desinere, ac proinde ipsum nihilominus tanquam hæredem & experire actionibus hæreditarijs & conveniri posse. Cæterum Trebelliano Senatusconsulto effectum est, ut restituta hæreditate, ei qui restituit, nudum tantùm nomen hæredis retineat; atque ut agens exceptione hereditatis repelli, & conventus alios repellere possit, *l. 1. § 4. ad SC. Treb.*

Aliquando hæredis, aliquando legatarij loco] Loco hæredis habebatur, si restituta esset hæreditas ex Senatusconsulto Trebelliano; loco legatarij, si ex Pegasiano restitutio fieret, ut mox declarabit, & Ulpianus ostendit *tit. 25. § 12.* Nam quod Giphanius scripsit, fideicommissarium legatarij loco habitum, si pars tantùm hæreditatis ei restituta esset, falsum esse apparet ex *§. ergo 6. inf. eod.*

TEXTUS.

4. *Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximè, & Annæo Seneca Coss. Senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si hæreditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones, quæ jure civili hæredi & in hæredem competerent, ei & in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hæreditas. Post quod senatusconsultum prætor utiles actiones ei & in eum, qui recepit hæreditatem, quasi hæredi & in hæredem dare cœpit.*

NOTÆ.

4. QUÆ IURE CIVILI] Ex senatus sententia & honorariæ actiones transeunt, *l. 40. h. t. ad SC. Treb.*

ET ET IN EUM DARENTUR, &c.] Quo magis in reliquum confirmarentur defunctorum voluntates, *l. 1. §. 2. 3. & 4. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur in Catalogo consulum non recenseantur Trebellius & Seneca.*
2. *Quæ incommoda huic Senatusconsulto causam dederint.*
3. *Cur cum Senatusconsulta sint pars iuris civilis, senatus eum, cui restituta est hæreditas hæredem non fecerit, eive & in eum non dederit actiones directas.*
4. *Quod iuris, si debitor hæredi, aut hæres creditori solverit post factam restitutionem.*

Trebellio Maximo & Annæo Seneca Coss.] Hoc idem testatur & Ulpian. *l. 1. ad Treb.* Cæterum hi consules non reperiuntur in Fastis, seu indice consulum, quare credendum est, eos non fuisse ordinarios sive initio anni creatos, sed suffectos in locum demortuorum aut remotorum: quippe, ut Dio *lib. 43. & 48.* refert, anni consulum ab his duobus; qui primis duobus mensibus creati essent, nomen acceperunt; qui reliquis creabantur mensibus, in senatusconsultis & auctoritatibus scribebantur, quod confirmat hic locus: cui similis est in *§. seq.* nam neque Pagasi & Pusionis fasti meminerunt: & in *l. cum vero 26 § subventum 7. de fideic. libert.* ubi mentio fit Senatusconsulti Rubriani, quod factum dicitur temporibus D. Trajani Rubrio Gallo & Cælio Hispone Coss. qui & ipsi in catalogo consulum non recensentur, ut suffectos eos fuisse oporteat. Igitur cùm multi consules Romæ sub Impp. fierent per suffectionem, nemo ex suffectis in fastos referebatur, sed soli duo, qui anni initio magistratum auspicati essent. Quamobrem excusandus est Ausonius, qui in *gratiar. act. ad Gratianum* negat Senecam consulem fuisse. 1

Omnes actiones] In omni legato & fideicommisso inest hæc conditio si hæres, à quo relicta sunt, hæres extiterit; quod in fideicommissis ex restituendi verbo satis intelligitur. Qua de causa si hæres aut adire hæreditatem nolucrit, aut antequam adeat, mortuus sit, aliáve ratione defecerit, hinc eveniet, ut destituto testamento, fideicommissum quoque pereat, uti cætera, quæ in testamento scripta sunt, non adita hæreditate irrita fiunt, *l. 9. de test. tut. l. eam quam 14. Cod. de fideic. l. 13. § quid ergo 3. l. ita tamen 27 § quotiens 6. ad sen. Trebell.* Cùm autem hæredes, qui rogati erant hæreditatem restituere, aut metu litium, aut prætextu metus hæreditatem adire plerumque recusarent: cumque esset æquissimum, eos onera subire, in quos jus fructusque transferretur, potiùs quam cuiquam fidem suam esse periculosam, Senatusconsulto Trebelliano dubitatio hæredum cum metu incommodi sublata 2

est,

est, cautumque, ut quę actiones in hęredem competunt, darentur in eum, cui ex fideicommisso restitueretur hæreditas, quo magis in reliquum confirmarentur supremæ defunctorum voluntates, *l.1.§. 2.& 3.eod.*

Quæ jure civili] Senatus loquitur de transferendis iis actionibus, quæ jure civili hæredi & in hæredem competunt: transeunt tamen ex senatus sententia & actiones honorariæ, veluti actio ex constituto, ex jurejurando, & similes: imò & causam naturalium obligationum transire placet, *l. quamvis 40.l.si eius 64.in pr. eod.*

Ei & in eum] Quemadmodum senatus hæredibus subventum voluit in eo, quod actiones quæ in hæredem competebāt, dari voluit in fideicommissarium ut posset hæres, si à creditoribus hęreditariis conveniretur, uti exceptione restitutæ hæreditatis: ita & subvenit fideicommissariis in eo, quod actiones, quæ hæredi competebant, fideicommissario dari voluit, cui soli ob hoc agendi efficaciter facultas competit: hęres autem agens per exceptionē à creditoribus hæreditariis repelli potest, *d.l.1.§.4.* Planè non ultra actiones ex Senatusconsulto transeunt, quàm pro ea parte hæreditatis, quæ rogatu testatoris restituta est, *§.6.inf.eod.*

3 *Prætor utiles actiones*] Licet senatusconsulta pars sint juris civilis, ac proinde per Senatusconsultum hęres effici possit, ut efficitur Senatusconsultis Tertylliano & Orficiano, cum tamen, cui ex fideicommisso restituta est hæreditas, senatus hęredem non fecit, propterea quod jam alius jure civili per additionem hæres factus locum obtinet, quem stricta juris ratio non patitur desinere hæredem esse: quæ eadem porrò ratio efficit, ut nec directæ actiones ad fideicommissarium transire queant, sed ut semel hæredi quæsitæ sunt, ita perpetuò apud eum maneat, neque à persona eius possint separari. Cùm igitur actiones directæ non possint & apud hæredem manere & simul pari iure fideicommissario aut in fideicommissarium dari, prętor ex auctoritate senatus utiles ei & in eum, tanquam hæredi & hęredem, actiones dedit, ut hic scriptum est: convenit, *l.filiusfam.18.§.ut.ad leg. Falc. & l.pen.in fin. hoc tit.* Neque injuria sit creditoribus hæreditariis, quod actiones eorum directæ mutentur inutiles: nam nova utilis, quę succedit, eiusdem cum vetere potestatis est, eundemq; effectum habet, *l.propen.de neg. gest.* In summa Senatusconsulto Trebelliano hoc effectum est, ut actiones, quæ hæredi & in hæredem jure civili cōpetunt, post restitutionem hęreditatis in persona hæredis inutiles sint, utq; agens exceptione repelli, conventus alios repellere possit. Contra verò in persona fideicommissarij sint efficaces, ut is solus & agat efficaciter & conveniatur. Sed quid si debitor post restitutionem hæreditatis hæredi solverit? aut quid si hæres post restitutionem factam solverit creditori? Poterit solutum per condictionem indebiti repeti, *l.si eius 64.in pr.eod.* quippe cum post restitutionem inutilis planè atque inefficax per Senatusconsultum in persona hæredis obligatio fiat & vinculum quoque æquitatis tollatur, ita ut nuda tantùm civilis obligatio remaneat. Enimverò si hæres aut debitor solverint, cum scirent, se tutos esse exceptione, cessabit condictio, *l.si non sortem 26. §.3. de cond. ind.* quoniam donare voluisse præsumuntur, *l.cuius 53.de reg.iur.*

4

TEXTUS.

5. *Sed quia hæredes scripti, quum aut totam hæreditatem, aut penè totam plerumque restituere rogabantur, adire hæreditatem ob nullum vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa; postea Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso & Pusione Coss. senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hæreditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quæ per fideicommissum reliquuntur, eadem retentio permissa est. Post quod senatusconsultum ipse hæres onera hæreditaria sustinebat; ille autem, qui ex fideicommisso recipiebat partem hæreditatis, legatarij partiarij loco erat, id est, ejus legatarij, cui pars bonorum legabatur: quæ species legati partitio vocabatur, quia cum hærede legatarius partiebatur hæreditatem. Unde quæ solebant stipulationes inter hæredem & partiarium legatarium interponi, eadem interponebantur inter eum, qui ex fideicommisso recepit hæreditatem & hæredem, id est, ut lucrum & damnum hæreditarium pro rata parte inter eos commune esset.*

NOTÆ.

5. PERINDE, &c. ATQUE EX LEGE FALCID.] Pegasianum factum est πρὸς τὸ τῆ Falcidia μιμεῖσθαι Justinian. *orat. ad Senat.* Atque hinc est, quod

quod veteres etiam quartam huius SCti quartam Falcidiæ vocant, *l.* 41. §. 3. *de vulg. & pup. l.* 10 *l.* 30. §. 7. 47. §. 1, *l.* 86. *ad leg. Falc.* & passim *hoc tit. & alibi.*

PARTIEBATUR HÆREDITATEM] Id est, res hæreditatis: neque enim legatarius partiarius efficiebatur successor juris, ullæve actiones hæreditariæ ei, inve eum dabantur.

QUÆ SOLEBANT STIPULATIONES, &c.] Hæres antequam hæreditatem adiret, stipulabatur à legatario partiario, *Si quid à me solutum sit, eius te partem redditurum spondes?* & viciſſim alter ab hærede, *Si quid exegeris, eius partem mihi daturum spondes?* v. Paul. 4. *sent.* 3. Ulp. *tit.* 25. §. 13. Th. hic.

COMMENTARIUS.

1. *Quæ incommoda Pegaſiano ſenatuſconſulto cauſam dederint.*
2. *Hoc Senatuſconſulto vim legi Falcidiæ productam ad fideicommiſſa hæreditatis.*
3. *Diſcrimen legis & Senatuſconſulti circa res, quæ imputentur.*
4. *An hoc demum Senatuſconſulto Falcidia producta ad fideicommiſſa ſingularia.*
5. *Trebelliani & Pegaſiani differentia.*
6. *Legatarius partiarius: & ſtipulationes partis pro parte.*

1 TAmetſi Senatuſconſulto Trebelliano cautum erat, ut omnia onera hæreditaria in eum, cui ex fideicommiſſo reſtituta eſſet hæreditas, transferrentur, id tamen nondum ſufficiebat ad invitandum hæredem ad adeundam hæreditatem. Quamvis enim nullum damnum poſt hoc Senatuſconſultum hæredi adeunti & reſtituenti immineret, tamen ut eſt ingenium humanum, recuſabant adhuc plerumque hæredes ſcripti adire hæreditatem alieni emolumenti cauſa, unde ipſi nullum, aut exiguum lucrum percepturi erant: atque ita fiebant adhuc, ut fideicommiſſum hæreditatis ſæpè intercideret. Huic igitur incommodo occurſum eſt Senatuſconſulto Pegaſiano, cautumque ut ei, qui rogatus eſſet hereditatem reſtituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia de legatis conceditur.

2 *Perinde, &c. atque ex lege Falcidia*] Quod lex Falcidia in legatis, illud ipſum valet Senatuſconſultum Pegaſianum in reſtituenda hæreditate. Quin potius hoc Senatuſconſulto vis legis producta eſt ad fideicommiſſa hæreditatis. Juſtinianus *orat. ad Senat.* Pegaſianum factum eſſe ait πρὸς τὸν τῆς Φαλκιδίς μίμησιν. Atque hinc eſt, quod veteres etiam quartam huius Senatuſconſulti, quam nunc vulgo Trebellianicam vocant, non quartam Pegaſiani, ſed quartam Falcidiæ, aut commodum Falcidiæ perpetuò appellarint, ut videre eſt in *l. cohæredi* 41. §. 3. *de vulg. & pup. l.* 2. §. *ult. de jur. eod. l.* 18. *l. in ratione* 30. §. *tametſi* 7. *l.* 47. §. 1. *l. Titia* 86. *l. acceptis* 93. *ad leg. Falc. l.* 2. *l.* 3. *l. mulier* 22. §. 2. *l. ſi patroni* 55. §. 2. *l. deducta* 58. §. 3. *hoc tit. ad Senatuſconſ. Treb. l.* 1. *l.* 10 *l.* 11. *C. ad leg. Falc. Vlp. tit.* 25. §. 12. *ſup. quib. mod. teſt. inf.* §. 3. Eſt tamen adhuc aliquod diſcrimen circa res, 3
quas in haſce quartas imputari placet. Nam in Falcidiam, quæ ex legatis deducitur, ea tantùm imputantur, quæ jure hereditario hæres capit: in quadrantem vero Pegaſianum etiam ea, quæ hæres fiduciarius capit jure legati vel fideicommiſſi, aut implendæ conditionis cauſa, *l. quod autem* 74. *l. id autem* 76. *l. in quartam* 91. *ad leg. Falc.* Quæ differentia ultra dodrantem legari vetatur ut proinde apud hæredem quarta pars non quarumlibet rerum, ſed hæreditatis manere debeat: non prohibet autem ſenatus ultra dodrantem hæredis fideicommitti: tum etiam, quod Falcidia voluntati teſtatoris ſubſervit, quem veriſimile non ſit legatis patrimonium ſuum exhaurire voluiſſe, ſed potius, opinioni eius non reſpondere calculum facultatum: at Senatuſconſultum manifeſtè teſtatoris voluntari adverſatur, quæ hęc eſt, ut reſtituta hæreditate apud hęredem nihil præter nudum nomen hęredis remaneat. Planè nec pars ea prælegati, quæ à cohęrede accipitur, hæredi fiduciario in quartam imputatur, *l.* 18. §. *ult. hoc tit. l. Titia* 86. *d. l. in quartam* 91. *ad leg. Falc. l. filium* 24. *C. fam. erc.* fortè quod veriſimile non ſit teſtatorem, qui portionem cohęredis hactenus imminuit, voluiſſe, ut alteri id in quartam partem eius partis, quam reſtituere juſſus eſt, imputaretur. Variant tamen in hac re interpretes: videſis *Dion* 7. *comm.* 30. & 8. *c.* 26. *Ant. Fab.* 6. *conject* 3. 4. & 5. *Cujac.* 8. *obſ.* 4. *Fachin.* 5. *contr.* 15. & 16. *qui & alios citat. Bachov. in Treutl. vol.* 2. *diſput.* 13. *theſ.* 3.

Ex ſingulis quoque rebus] Hinc plerique colligunt, ante Senatuſconſultum Pegaſianum non li- 4
cuiſſe hæredi quartam partem de ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis retinere, atque hoc demum Senatuſconſulto legem Falcidiam productam etiam ad fideicommiſſa particularia; quod quamobrem mihi non probetur, & cur hoc jus antiquius Senatuſconſulto exiſtimem, expoſui *ſup. tit. prox. in pr.* Illa etiam ratio nunc me movet, quod utrumque Senatuſconſultum circa idem ſubjectum verſetur. Nam etſi non idem Senatuſconſulto Pegaſiano cautum eſt, quod antea cautum erat Senatuſconſulto Trebelliano, de eodem tamen utroque cautum eſſe conſtat, videlicet de hærede rogato reſtituere hæreditatem, non de eo, qui oneratus ſit fideicommiſſis particularibus.

Verba Trebelliani referuntur in *l. 1. § hoc tit.* Igitur quartæ de singulis rebus per fideicommissum relictis detractio Pegasiano Senatusconsulto accepta ferri non debet, sed juri antiquiori, & ipsi legi Falcidiæ ex interpretatione prudentum. Neque obstant verba huius textus: quippe quibus hoc solùm significari existimo cum Bachovio, ut si hæres & hæreditatem partémve hæreditatis restituere jussus est, & insuper ab eo particularia fideicommissa relicta sunt, non tantùm quartam deducere possit ex fideicommisso hæreditatis, sed pro rata etiam ex particularibus relictis; quemadmodum eodem modo pro rata quoque detraheretur ex legatis, si quæ testator simul reliquisset. *l. 3. §. 2. hoc tit. ad Senatusconf. Treb.* Quis sit huius disputationis fructus intelliges ex iis, quæ *n. 3. add. Vas. de success. resol. lib. 2. §. 1. D. Tulden. comm. in tit seq. cap. 4.*

Ipse hæres onera sustinebat] Trebellianum transferebat onera in fideicommissarium; retentionem autem nullam petmittebat. Pegasianum retentionem quartæ partis concedebat; onera verò nulla transferebat, quasi sufficere hæredibus deberet, quod quarta pars ipsorum lucro cederet: ob cuius commodi perceptionem onera & judiciorum molestias subirent, nomina hæreditaria persequerentur, ac juris erat ex lege antiqua 12. tabb. *l. ea quæ 6 C. fam. erc.* Igitur restituta ex Senatusconsulto Pegasiano hæreditate, id est, quarta ex auctoritate huius Senatusconsulti contra voluntatem testatoris retenta, ipse hæres solus atque in solidum onera hæreditaria sustinebat, cessante videlicet Senatusconsulto Trebelliano, utpote cui locus non erat, nisi ubi secundùm voluntatem defuncti hæres restituisset, §. *seq.*

Legatarij partiarij loco erat] Universitatem alicui legari posse, id est, partem dimidiam, tertiam, aut quartam bonorum aut hæreditatis, docuimus *sup. de legat. in pr.* Neque tamen hunc legatarium, quem partiarium appellabant, fuisse successorem juris, allásve actiones hæreditarias ei inve eum datas, sed partem bonorum sibi legatam sine ullo incommodo obtinuisse: id quod veterum esse hic locus clarè ostendit: nam si actiones in huiusmodi legatarium transissent, quemadmodum ex Senatusconsulto Trebelliano transeunt in eum, qui recipit hæreditatem, non magis opus fuisset interpositione stipulationum partis & pro parte, quarum hic fit mentio, inter hæredem & legatarium partiarium, quàm inter hæredem, & eum, cui ex Trebelliano restituitur hæreditas.

Partitio vocabatur] Is cui pars bonorum legata erat, legatarius partiarius dicebatur, atque hæc legati species partitio, *Vlpian. tit. 24. §. 23. & tit. 25. §. 13.* Meminit & *Cic. 2. de legib.* Rationem appellationis hanc esse ait Justinianus, quoniam cum hærede legatarius partiebatur hæreditatem, id est, res hereditarias seu universa bona; quomodo hereditas vendi dicitur: neque enim legatarius partiarius efficiebatur successor juris, ut jam dictum est.

Vnde quæ solebant stipulationes, &c.] Inter hæredem & legatarium partiarium solebant interponi stipulationes de lucro & damno communicando, quæ propriè dicebantur partis & pro parte, §. *seq.* quippe hæres, sive quid deberet hæreditas, solvebat, si quid deberetur, idem exigebat: sed antequam hæreditatem adiret, stipulabatur à legatario partiario, *Si quid à me solutum sit, eius te partem redditurum spondes?* & vicissim alter ab hærede; *Si quid exegeris, eius partem mihi daturum spondes?* Quæ stipulationes postea inter hæredem quoque, & eum, cui deducta quarta ex Senatusconsulto Pegasiano restituebatur hæreditas, interponi cœperunt, ut remedio harum stipulationum lucrum & damnum pro rata parte communicaretur: nam solus hæres hoc casu actiones & exercebat & excipiebat, *vind. Paul. 4. sent. 3. Vlp. tit. 25. §. 13. Theoph. hic.*

TEXTUS.

6. Ergo siquidem non plus quàm dodrantem hæreditatis scriptus hæres rogatus sit restituere, tunc ex Trebelliano Senatusconsulto restituebatur hæreditas, & in utrumque actiones hæreditariæ pro parte rata dabantur: in hæredem quidem jure civili: in eum verò, qui recipiebat hæreditatem ex Senatusconsulto Trebelliano, tanquam in hæredem. At si plus quàm dodrantem, vel etiam totam hæreditatem restituere rogatus esset, locus erat Pegasiano Senatusconsulto: & hæres, qui semel adierat hæreditatem (si modò sua voluntate adierat) sive retinuerat quartam partem, sive retinere noluerat, ipse universa onera sustinebat. Sed quarta quidem retenta, quasi partis & pro parte stipulationes interponebantur, tanquam inter partiarium legatarium & hæredem: si verò totam hæreditatem restitueret, emptæ & venditæ hæreditatis stipulationes interponebantur. Sed si recusabat scriptus hæres adire hæreditatem, ob id, quod dice-

ret

ret; eam sibi suspectam esse. quasi damnosam, cavebatur Pegasiano Senatusconsulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus esset, jussu prætoris adiret, & restitueret hæreditatem: perindeq; ei & in eum, qui reciperet hæreditatem, actiones darentur, ac juris est ex Trebelliano Senatusconsulto: quo casu nullis stipulationibus est opus: quia simul & huic, qui restituit, securitas datur, & actiones hæreditariæ ei & in eum transferuntur, qui recipit hæreditatem: utroque Senatusconsulto in hac specie concurrente.

NOTÆ.

6. TUNC EX TREBELLIANO] Nam Pegasiano nihil cautum de hærede, qui ex voluntate defuncti quartam aut amplius habens ultrò hereditatem adit.

LOCUS ERAT PEGASIANO] Quippe quo quartæ deductio inducta, omissa Sc. Trebelliano Wesemb.

SI MODO SUA VOLUNTATE] Nam cùm à prætore coactus adibat, transferebantur actiones omnes in fideicommissarium.

QUASI PARTIS ET PRO PARTE] Ut inter hæredem pro quadrante, & fideicommissarium pro dodrante commoda & incommoda communicarentur. Ulp. & Paul *ubi sup.* Th. hic.

EMPTÆ ET VENDITÆ HÆREDITATES] Fideicommissarius stipulabatur hoc modo; *Quanta pecunia ad te pervenerit, tantam dari spondes, l. 17. de pecul. l. 50. §. 1. de verb. obl.* Hæres contra sic: *Quantam pecuniam hæreditatis causa præstitero, solvero, tantam dari spondes.* Hoc enim inter emptorem & venditorem hæreditatis agitur, ut nec plus nec minus juris emptor habeat, quàm apud hæredem futurum esset. *l. 2. de hær. vel act. vend.*

SI RECUSABAT HÆRES ADIRE] Vid. Ulp. *l. 4. hoc tit. & in fragm. tit. 25. §. 14.* Cajum *l. 17. si quis om. ca. test.*

COMMENTARIUS.

1. *An hæres, qui ultro totum quod rogatus est, restituit, solus onera subeat ex Pegasiano.*
2. *Stipulationes emptæ & venditæ hæreditatis.*
3. *Caput Senatusconsulti de coactione recusantis adire.*

NON *plus quàm dodrantem*] Senatusconsulti Pegasiani duo principalia capita fuere, quorum uno cavebatur de hærede rogato totam hereditatem aut plus quàm dodrantem restituere; alter de eo hærede fiduciario, qui adire hæreditatem recusabat: nihil autem hoc Senatusconsulto cautum de hærede, qui ex voluntate defuncti quartam aut amplius habens ultrò hæreditatem adiit. Itaque hoc casu restitutio fiebat ex Senatusconsulto Trebelliano, & pro rata actiones transferebantur in fideicommissarium sine ope stipulationum. *Vlp. tit. 25. §. ii qui 12.*

Pro parte rata] V. c. Hæres rogatus quarta parte retenta reliquam hæreditatem restituere, fidem præstitit. Existit creditor hæreditarius, cui centum debentur: huic in 75. utilis ex Trebelliano adversus fideicommissarium actio datur: in reliqua 25. directam habet jure civili adversus hæredem.

Si modò sua voluntate] Nam si à prætore coactus adierat, transferebantur actiones omnes in fideicommissarium, ut cautum erat Senatusconsulto Trebelliano: de quo mox plura.

Ipse universa onera sustinebat] Ait, hæredem rogatum totam hæreditatem aut supra dodrantem restituere, si modò sua sponte hæreditatem adiisset, etiamsi eam secundùm voluntatem defuncti restituisset: id est, sine deductione quartæ, universa onera hereditaria sustinuisse, atque ita nec hoc casu actiones in eum, qui recipiebat hæreditatem, post Senatusconsultum Pegasianum fuisse translatas; quod perquam absurdum videtur. Utique enim propter commodum, quod hæres ex eo Senatusconsulto consequebatur, ut contra voluntatem defuncti quartam partem retinere posset, vicissim senatui visum est, ipsum solum onera hæreditaria sustinere; quo casu etiam necessariò cessat Senatusconsultum Trebellianum. At ut hæres eo etiã casu, quo ultrò voluntati defuncti paret, totumq; quod rogatus est restituere, restituit, onera hæreditaria solus subeat, nulla ratio esse videtur; quippe cùm hic non minus restitutio fieri possit ex Senatusconsulto Trebelliano, atque actiones ex eo transferri, quàm cùm hæres ex voluntate testatoris quartam integram habet, & reliquum restituit; quo casu actiones pro rata in fideicommissarium dari, in *pr. huius §.* dictum est. Finge hæredem rogatum dextantem restituere, eumq; plenam fidem defuncto præstare malle, quàm contra eius voluntatem aliquid retinere potestate Senatusconsulti Pegasiani. Cur hoc casu non æquè fieri possit restitutio ex Senatusconsulto Trebelliano, & actiones pro dextante transferri in fideicommissarium, quàm cùm ubi dodrantem restituere jussus est, & restituit, transferuntur pro dodrante? Diversi juris non alia fuisse videtur ratio, quàm quod cùm hæres salvum habet quadrantem ex judicio defuncti, Senatusconsulto Pegasiano uti non potest, etiamsi maximè velit: nam ad hunc casum Senatusconsultum

illud non pertinet, sed intacta hactenus prioris Senatusconsulti manſit auctoritas. At verò cùm plus quàm dodrãtem rogatus est restituere, tum uti potest posteriore Senatusconsulto; quod in hunc casum prospexit, & prioris vim ac potestatem quodammodo sustulit. Quamobrem si is, qui beneficio Pegasiani juvari poterat, eo usus non sit, remisisse illud, atque in hoc hęredi fideicommissario gratificari voluisse censetur, ut tam oneribus hęreditariis obstrictus maneat, quàm si detracta quarta reliquum duntaxat restituerit. Facit eo quod scribit Paulus, 4. *sent.* 3. §. *ult.* qui totam hæreditatem restituit, cùm quartam retinere ex Pegasiano debuisset, repetere eam non posse. Cæterùm ut arbitror, aut summi juris ratio hoc efficiebat, aut quod magis puto, pertinuit ad eum casum, quo hæres, qui Pegasiano uti poterat, totam hæreditatem simpliciter restituit. Quod si enim nominatim testatus fuisset, velle se hæreditatem restituere ex Senatusconsulto Trebelliano actionum transferendarum causa, non video cur hoc admitti non debuerit. Imò restitutionem ita ex Trebelliano solitam fieri, expressè tradit Paul. *d. lib. & tit.* §. 1. & Modestin. *l. qui totum* 45. *hoc tit.* quo tamen loco consultius putat, suspectam ut hæres dicat hæreditatem, coactusq; à prętore restituat; quo & ipso casu ex Trebelliano restitutio fieri intelligitur, & actiones transferuntur: atque hoc etiam Cujacius observasse videtur, quiin *not. ad Paul.* scribit, eum qui totam hæreditatem restituere rogatus est, si Falcidiam omittat fidei explendæ gratia, vel ex Senatusconsulto Pegasiano restituere debere, interpositis emptæ & venditæ hæreditatis stipulationibus, vel quod expeditius est, ex Senatusconsulto Trebelliano, aut vi prętoris ex Pegasiano coactus, nullis interpositis stipulationibus.

Quasi partus & pro parte] De quibus dictum §. *prec.* Nam ad exemplum partis & pro parte stipulationum, quæ de lucro & damno communicando interponi solebant inter hæredem & legatarium partiarium, hac quoque in causa interponebantur inter hæredem & fideicommissarium, ut inter illum pro quadrante & hunc pro dodrante commoda & incommoda communicarentur, *Vlp. tit.* 25. §. 13. *Paul. d. lib. & tit in pr. Theoph. hic.*

Emptæ & venditæ hæreditatis] Cùm tota hæreditas rogatu defuncti sponte restituebatur, emptę & venditæ hæreditatis stipulationes interponebantur. Quales illæ stipulationes fuerint, nusquam diserte traditum est, nisi quadantenus apud Ulpian. *l. in illa* 50 §. 1. *de verb. obl.* ubi hæc ex parte emptoris profertur; *Quanta pecunia ad te pervenerit, dolóve malo tuo factum est erit ve, quo minus perveniat,* subaudiendum, *tantam dari spondes?* Ex quo cum Hotomanno suspicari licet, hanc ferè contrariæ stipulationis formulam fuisse, *Quantam pecuniam hæreditatis causa præstitero, solvero, tantam dari spondes?* Etenim inter emptorem & venditorem hæreditatis id agi constat, quod Ulpian. scribit, *l. 2. de her. vel act. vend.* ut neque amplius neque minus juris emptor habeat, quàm apud hæredem futurum esset, effectu scilicet: neque enim vi istarum stipulationum actiones hæreditariæ in emptorem transferti potuerunt. At enimverò, ut non multò ante probavimus, potuit hoc casu & ex Trebelliano nominatim restitutio sic fieri, ut actiones transferrentur sine interventu hujusmodi stipulationum.

Si recusabat hæres scriptus] Alterum hoc principale caput Senatusconsulti Pegasiani fuit, ut si hæres recusaret adire hæreditatem, jussu prætoris adire & restituere cogeretur, *l. 4. l. 6* §. 2. *l. 14.* §. *pen. & passim hoc tit. l. si quis* 17 *si quis om. ca. test. Vlp. tit.* 25. §. 14. At inquies, cùm adire facti sit, ad quod nec servus à domino præcisè compelli potest, *l. 3. C. de her. inst.* quomodo ad id compelletur hæres? Compelli præcisè posse, non existimo, sed contumaciam hæredis proaditione habendam, *l. pen.* §. 1. *C. hoc tit.*

Quasi damnosam] Sufficit autem hoc ab hærede allegari: neque enim inquiritur, solvendo sit hæreditas, nec ne. Sed neque præscribitur hæredi cur metuat hæreditatem adire, vel cur nolit? cùm variæ sint hominum voluntates, quorundam negotia timentium, quorundam vexationem, quorundam æris alieni cumulum, tametsi locuples videatur hęreditas, quorundam offensas vel invidiam, quorundam gratificari volentium his, quibus hæreditas relicta est, sine onere tamen tuo. *d. l. 4. hoc tit.*

Quo casu nullis stipulationibus est opus] Jussu prætoris adita & restituta hæreditate, ei & in eum, qui recepit hæreditatem, actiones dantur perinde atq; si ex Trebelliano Senatusconsulto restituta fuisset, idque ut ita fiat, Pegasiano Senatusconsulto cautum esse scribit *Vlp. d. tit.* & §. Quamobrem nullis hic stipulationibus opus erit. Ut autem restituenti hoc casu prospectum, ne ullum damnum sentiat, ita vicissim omne commodum amittit, quod si cogi se passus non esset, vel beneficio Pegasiani, vel ex voluntate defuncti, percipere potuisset, *d. l. 4. d. l. 14* §. *qui compulsus* 4. *l. ita* 27. §. 2. & §. *præceptis* 14. *hoc tit.*

Utroque Senatusconsulto concurrente] Nam quod hæres invitus cogebatur adire à prætore, id erat ex Senatusconsulto Pegasiano; quod actiones transferrentur in eum, qui recipiebat hæreditatem ex Trebelliano.

TEX-

TEXTUS.

7. *Sed quia stipulationes ex Senatusconsulto Pegasiano descendentes & ipsi antiquitati displicuerunt, & quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat: & nobis in legibus magis simplicitas, quàm difficultas placet: ideò omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quàm differentiis utriusq; Senatusconsulti, placuit, exploso Senatusconsulto Pegasiano, quod postea supervenit; omnem auctoritatem Trebelliano Senatusconsulto præstare, ut ex eo fideicommissariæ hæreditates restituantur: sive habeat hæres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive nihil penitus: ut tunc, quando vel nihil, vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod ei deest, ex nostra auctoritate retinere, vel repetere solutum; quasi ex Trebelliano S.C. pro rata portione actionibus tam in hæredem, quàm in fideicommissarium competentibus. Si verò totam hæreditatem sponte restituerit, omnes hæreditariæ actiones fideicommissario, & adversus eum competant. Sed etiam id, quod præcipuum Pegasiani Senatusconsulti fuerat, ut quando recusaret hæres scriptus sibi datam hæreditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hæreditatem volenti fideicõmissario restituere, & omnes ad eum, & contra eum transferre actiones. Et hoc transposuimus ad Senatusconsultum Trebellianum, ut ex hoc solo necessitas hæredi imponatur, si ipso nolente adire, fideicommissarius desideret restitui sibi hæreditatem, nullo nec damno nec commodo apud hæredem remanente.*

NOTÆ.

7. CAPTIOSAS] Non quia callidæ aut argutæ; sed quia captioni & damno obnoxiæ, propter litium ambages. Just. in *consit. de confirm. Dig.* Captiosum enim etiam id dicitur, quod alicui fraudi & damno est, *l.* 14. §. 5. *quod met. ca. l.* 6. § 10. *quæ in fraud. cred. l.* 41. *de usuc.* Rectè igitur Theophil. reddidit, ἐπιζήμιους.

OMNEM AUCTORITATEM TREBELLIANO, &c.] Quod planius erat, & citra captiosos circuitus ipso jure, quoad vim & effectum, transferebat id, quod non nisi per stipulationes interpositas longosque ambitus Pegasianum exequebatur.

VEL QUARTAM, VEL QUOD DEEST] Hinc interp. quartam hanc dixerunt Trebellianicam. Veteribus autem nunquam alio nomine, quàm Falcidiæ appellatur. Ut *sup.* §. 5. ostendi: ac proinde dubitandum est, quin quod Justin. *Nov. 1. c. 2.* constituit, testatorem posse Falcidiæ deductionem prohibere, hęredemque, qui inventarium non fecit, beneficium legis amittere, ex æquo ad utramque quartam pertineat.

VEL REPETERE SOLUTUM] Solutum scilicet errore facti, non juris, *l.* 9. *C. ad leg. Falc.* v. gr. Qui 100. in bonis habebat, 100. legavit. Hęres integra legata solvit. Si errore facti, credens eam esse quantitatem patrimonij defuncti, ut exolutis legatis adhuc abundè sibi ad quartam Falcidię superfit, repetitionem habet: si errans in jure non habet. Id est, si non ignorabat quantitatem substantiæ; putabat autem se quartæ retentionem non habere. Idemque juris est in restitutione fideicommissi, ut hic.

PRO RATA PORTIONE] *l.* 1. *C. h. t.* Onera tamen legatorum ad solum fideicommissarium spectant, *l.* 1. §. *ult. D. eod.* & ibi Accurs. DD. in *l.* 2. & *ult. C. eod.* nisi minus dodrante restituere hæres rogatus sit; tunc enim pro eo, quod ultra quartam habet, etiam legatorum onera ad eum pertinent, *l.* 1. §. *pen. eod.* Gloss. & DD. *ubi sup.*

TOTAM HÆREDITATEM SPONTE] Dum fidum obsequium defuncti precibus præbere desiderat, *l.* 45. *ad SC Treb.* & pleniore officio fidei præstandæ fungi, *l.* 5. §. 15. *de don. int. vir.*

NULLO NEC DAMNO NEC COMMODO] Non damno, quoniam contemplatione alterius adit: non commodo, quoniam adit periculo alieno, *l.* 4. *hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur stipulationes ex Senatusconsulto Pegasiano descendentes captiosæ visæ.*
2. *An hæres qui non confecit inventarium, amittat quartam Senatusconsulti: & an testator deductionem huius quartæ vetare possit.*
3. *Duplex deductio iuxta c. Raynutius.*
4. *Pro qua parte actiones transeant aut remaneant.*
5. *Explicatur l. 5. C. hoc ti.*
6. *Legatorum onera ad solum fideicommissarium pertinere.*

TRansfunditur hoc loco vis omnis Senatusconsulti Pegasiani in Trebellianum, ut jam

ex solo Senatusconsulto Trebelliano restituatur hæreditas. Itaque hæres nunc quasi ex hoc Senatusconsulto quartam vel quod quartæ deest, retinere potest: ex eodem actiones pro rata communicantur: si hæres adire & restituere nolit, ex hoc Senatusconsulto cogitur: restituta tota hæreditate sive sponte sive jussu prætoris, actiones omnes in fideicommissarium transeunt: nullusque jam amplius usus stipulationum, quarum antea meminit.

Ex Pegasiano Senatusconsulto descendentes] Stipulationes partis & pro parte, emptæ & venditæ hæreditatis non sunt Senatusconsulto Pegasiano primùm introductæ, sed sunt antiquiores. Dicuntur autem hic ex Pegasiano descendere, quia eo Senatusconsulto transfatæ sunt ad restitutionem hæreditatis, locum non habente Trebelliano. Hotomannus hinc colligit, nominatim Senatusconsulto mentionem harùm stipulationum factam fuisse.

Captiosas] Captiosæ fuerunt stipulationes emptæ & venditæ hæreditatis, itemque partis & pro parte, quia salvæ nihilominus hæredi & adversus hæredem actiones manebant. Neque enim ob harum stipulationum interpositionem cogebantur creditores fideicommissarium convenire, sed hæres lites excipiebat, & solutum creditoribus à fideicommissario repetebat: sicut è diverso fideicommissario cum hærede agendum erat, ut quod à debitoribus exegisset, redderetur. Ob has difficultates & litium anfractus facilè eveniebat, ut alter damnum pateretur, vel propter calumniam, vel propter inopiam alterius: quod cùm ex Trebelliano restituitur hæreditas, commodè potest vitari. Nam quatenus hæreditas restituta est, eatenus hæres si conveniatur, exceptione restitutæ hæreditatis se tueri potest; & vicissim si ipse experiatur, eadem exceptione repelli. Captiosas igitur hasce stipulationes Papinianus appellat, non quia callidæ aut argutæ; sed quia captioni & damno obnoxiæ, plenæque difficultatibus; quia captiosæ propter has stipulationes Senatusconsulti Pegasiani ambages, auctore Justiniano *l. 2. 6. de vet. jur. enucl.* Captiosum enim nostris etiam id dicitur, quod alicui fraudi aut damno est, *l. 5. de transact. l. 14. §. aliquando 5. vers. unde quidam. quod met. ca l. 6. §. si quid 10. qua in fraud. cred.* Rectè igitur Theophilus reddidit ἐπιζημίας, id est, damnosas: neque causam video, cur Bachovio hæc ratio appellationis non placeat.

In legibus magis simplicitas] Laudat in §. *caterum 3. inf. de legit. agn. succeff.* legem 12. tabularum, quod simpliciatem legibus amicam amplexa sit in legitima agnatorum successione: Quod autem legumlatoribus in condendis legibus placere videmus, id etiam in earum interpretatione nobis sequendum est, vitandæque argutiæ, subtilitates, scrupulositates, obscuritates, distinctiones ac differentiæ nimiæ.

Senatusconsulto Trebelliano præstare] Quod planius erat, & citra captiosos circuitus ipso jure, quoad vim & effectum, transferebat id, quod non nisi per stipulationes interpositas, longosque & captiosos ambitus Pegasianum exequebatur.

Vel quartam, vel quod deest] Hinc interpretes quartam hanc dixere Trebellianicam. Veteribus autem nunquam alio nomine, quàm Falcidiæ appellatur, ut ostendi *sup.* §. 5. nimirum quia Senatusconsulto Pegasiano non tam nova quarta introducta fuit, quàm quarta Falcidiæ producta ad fideicommissa universalia. Ex quo porrò intelligitur, appellatione quartæ Falcidiæ etiam propriè hanc quartam contineri. & proinde positis terminis habilibus, atque in dubio, ubi expressè nulla differentia constituta est inter quartam, quam hæres de singulis rebus detrahit, & quam retinere potest ex fideicommisso hæreditatis, quicquid de Falcidia jure nostro cautum est, ex æquo ad utramque quartam pertinere. Veluti quod Justinianus constituit, ut hæres, qui inventarium facere neglexit, beneficium Falcidiæ amittat, *l. ult. § pen. Cod. de jur. delib.* item quod Falcidiæ locus non est, si testator expressè vetuerit hæredem ea uti. *Nov. 1. cap. 2.* Omninò enim verisimile est, Justinianum perpetuum omnium auctorum juris usum secutum, utramque quartam uno Falcidiæ nomine comprehendisse. Atque hoc si animadvertissent interpretes, nemo eorum repertus esset, qui ausus fuisset hoc negare. At nunc tanta frequentia in contrarium itum est, ut difficile dictu sit, utra sententia majori numero & rerum judicatarum auctoritate nitatur, *vid. Ferrar. in form. libell. per leg. rei sing. nu. 5. Gom. 1. resol. 5. nu. 11. & 12. Everh. in Top. à. Falc. ad Trebell. loco 34. Gail. 2. obs. 138. nu. 16. Clar. §. testam. quæst. 62. Mantic. 7. de coni. ult. vol. 11. & 12. Fachin. 6. cont. 4. Perez. ad tit. C. de jur. del. nu. 14. & C. ad Senatusconsult. Treb. num. 20. Christin. vol. 1. decis. 316. & vol. 4. decis. 25. 51. & 52. D. Tulden. comm. in tit. præc. cap. 3.* Apparet tamen ex allegatis, à Christinæo sic ferè usu receptum esse, ut etiam detractio quartæ Senatusconsulti expressè prohiberi possit, præterquam in liberis primi gradus, quos etiam apud nos obtinere refert Grot. 2. *Manud. 20.* Intellige autem per liberos primi gradus non tantùm filios, sed etiam nepotes, &c. quos nemo in suo ordine antecedit. Ob inventarium verò non confectum hæredem non amittere quartam Senatusconsulti. Et ita sæpissimè judicatum. *Mynf. 3. obs. 60. Gail. 2. obs. nu. 3. & 6. Decis. Cur. Holl. 3. add.* citatos à

Christin.

3 *Christin d. decis. 51. nu. 3.* Jure Canonico liberis universali fideicommisso gravatis duplex detractio permissa est, legitimæ & Trebellianicæ, *Raynutius, ad tit. de testam.* quod quanquam legibus civilibus incognitum est, *vid. Cujac. 8. obs. 5. Hotom illust. quæst. 43* usu tamen etiam in foro civili per totum mundum receptum esse, & tanquam Evangelium practicari, testantur *Bald. & alii in auth. res quæ, C. comm. de leg. Castr. in l. jubemus 6. C. ad Senatusconf. Trebell. Christin. vol. 1. decis. 245. & dec. 315.* eoque jure etiam nos utimur, *Grot. 2. manuduct. 20. decis. Cur. Holl. 3. & 17.* In cæteris, quod ad hunc juris articulum attinet, sequimur in his regionibus jus commune. *Grot. d. loc. Gudelin. lib. 2. de jur. nov. c. 11.* ubi tamen dubitari posse scribit, an in locis, in quibus hæredes instituti pro legatariis habentur, ut apud Gandavenses & Cortracenses, admittenda sit Falcidiæ aut Trebellianicæ detractio: & magis existimat, admittendam non esse, *arg. & lex Falcidia 47. §. 1. ad leg. Falc.*

4 *Vel repetere solutum*] Solutum scilicet errore facti, *l. error 9. C. ad leg. Falc.* Reperitur autem hoc non beneficio Senatusconsulti; sed jure communi, quo ejus; quod per errorem quacunque ex causa solutum est, omnibus repetitio conceditur. De quo diligentius suo loco.

Pro rata portione] Si pars tantùm hæreditatis restitui jussa est, pro parte non restituta actiones apud hæredem remaneant, pro restituta transeunt in fideicommissarium. Si tota hereditas, aut integra alicuius hæredis portio, si hæres eam totam restituit, (sponte, an coactus nihil refert) transferuntur actiones omnes, si dodrantem retenta quarta est Senatusconsulto, pro dodrante transferuntur, pro quadrante remanent, *l. 1. C. hoc tit.* Atque in hoc differt hæres fiduciarius ab eo, qui legatis oneratus est; qui solus cogitur respondere creditoribus. Dividuntur autem actiones pro competenti cujusque parte simul atque facta est restitutio; id est, si hæres verbo dixerit se restituere, aut per epistolam vel nuntium restituerit, quamvis fideicommissarius nondum nactus sit rerum possessionem, *l. restituta 37. l. facta 65. in pr. hoc tit.* Quod autem etiam
5 in ponenda ratione Senatusconsulti deduci dicitur æs alienum, *l. 5. C. eod.* eo nihil aliud significatur, quàm quod in constituenda summa bonorum ineatur etiam ratio æris alieni, idque de bonis deducatur, ut sciri possit, quantum æris alieni in fideicommissarium cum portione restituta transeat, quantum apud hæredem cum portione retenta maneat. Fingamus, quingenta in bonis esse; ex his centum deberi. Hic fideicommissario restituentur CLXXV. ac pro hac portione, id est, pro novem unciis, transferetur in eum onus æris alieni, CXXV. retinebit hæres, pro qua parte ipse à creditoribus conveniendus erit. Sic enim omninò res transigenda est, postquam placuit actiones pro rata parte in utrumque dari. Quod non satis rectè mihi explicuisse videtur VVesemb. & post eum Christin. *vol. 4. dec. 53. n. 5.* Quamvis autem hæres fiduciarius
6 pro parte sua onus æris alieni subeat, onera tamen legatorum ad solum fideicommissarium spectare, communiter placuit. *Accurs. in l. 1. §. ult. hoc tit. DD. in l. 2. & l. ult. C. eod. Tholosan. 42. syntagm. 33. nu. 3. D. Tulden. comm. in hunc tit. cap 4.* Quæ sententia etsi Donello in *d. l. 2.* falsissima, mihi tamen vera videtur. Num cum quarta pariter ex legatis & fideicommisso detrahatur, *l. 3. §. 2. eod.* utique ex residuo dodrante, quem totum hæres restituit, legatariis satisfaciendum: alioqui non habiturus esset hæres quartam integram, nisi dicamus, hæredem nihilominus à legatariis rectè pro sua parte conveniri, & quod solvit, à fideicommissario eum repetere debere, sibique imputare, quod portionem de dodrante non retinuerit. Sed hoc in proposito dici non potest; quoniam auctoritate senatus dodrante, unde omnia legata præstanda sunt, restituto, actiones legatariorum in fideicommissarium transferuntur, qui conventus quod sibi detractum, legatariis pro rata imputabit, *argum. leg 3. in pr. eod.* Planè, si, antequam restitutio facta est, legatarij petant, puto, hæredem exceptione adjuvari non debere, cùm, si solvat, hoc minus ex causa fideicommissi restituat, *argum. l. g. ita tamen 27. §. qui ex Trebell. 7. in fin eod.* Quod si hæres minus dodrante restituere rogatus est, pro eo, quod ultra quartam habet: etiam legatorum & fideicommissorum specialium onera ad eum pertinere, certum est, *l. 1. §. pen. eod. Salic in d. l. 2. & l ult. Cod. eod. Grot. 2. manud. 20. Mynsi. Schneid. hic.* Ad quem casum plerique cum Glossa etiam referunt *dict. leg. 2.* Bachovius in *not. ad Treutl. vol. 2. disput. 14. thes. 9.* putat, hanc *d. l.* sententiam esse, quod fideicommissarius cogatur pati, ut tam de sua parte, quàm de legatis quarta detrahatur, cum concurrentibus legatariis de restituenda hæreditate agitur.

Nec damno nec commodo] Quod merito placuit. Nam neque damnum ullum hoc casu sentire hæredem æquum est, propterea quod coactus contemplatione alterius adit; neque commodo aliquo frui debet, ne quartæ quidem, quoniam adit periculo alieno, *l. 4. hoc tit.* de quo etiam dictum §. proximè præced.

TEXTUS.

Ministerio de Cultura 2024

TEXTUS.

8. *Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse hæres institutus, aut totam hæreditatem, aut pro parte restituere rogatur; an ex parte hæres institutus, aut totam eam partem, aut partem partis restituere rogatur. Nam & hoc casu eadem observari præcipimus, quæ in totius hæreditatis restitutione diximus.*

COMMENTARIUS.

SEntentia huius loci satis plana est. Non tantùm qui ex asse institutus est & rogatus aut totam hæreditatem aut partem eius restituere, potest vel ultro adeundo & restituendo partem quartam aut quod quartæ deest, retinere, remanentibus & migrantibus pro rata actionibus creditorum; vel suspectam hæreditatem dicendo exonerari, totamque transferri in eum, qui adire cogit, *l. cogi 16. §. si quis 44. hoc tit.* verùm etiam si quis ex parte & verbi causa ex semisse hæres institutus sit, rogatusque partem illam restituere, potest quartam partem huius partis, & in proposito sesquiunciam retinere, ut actiones hæreditariæ pro rata remaneant & transeant. Potest & partem totam ultro restituendo, aut adire recusando, prætorisque jussu adeundo, omnes actiones abs se removere & transferre in fideicommissarium. Denique qui partem partis, ex qua institutus est, restituere rogatur, potest similiter, si quartam partem suæ partis salvam judicio defuncti non habeat, quod ei deest, retinere? & recusans adire, desiderante fideicommissario cogi à prætore, ut adeat, totamque illam partem restituat cum omni onere & commodo ei adjuncto. Nimirum hic etiam locum habet vulgata regula, *Quod juris est in toto, quantum ad totum, idem juris est in parte, quantum ad partem, l. quæ de tota 76. de rei vend. l. 3. pro derel. §. si rem 12. in fin. sup. de legat.* Simile est, quod sup. §. 1. *de leg. Falc.* docuit, in singulis hæredibus rationem legis Falcidiæ poni Ex. g. si quis ex semisse hæres institutus sit, rogatusque partem illam restituere, potest quartam partem huius partis retinere.

TEXTUS.

9. *Si quis una aliqua re deducta, sive præcepta, quæ quartam continet (veluti fundo vel alia re) rogatus sit restituere hæreditatem, simili modo ex Trebelliano Senatusconsulto restitutio fiet, perinde ac si quarta parte retenta rogatus esset reliquam hæreditatem restituere. Sed illud interest, quod altero casu, id est, cum deducta sive præcepta aliqua re restituitur hæreditas, in solidum ex eo Senatusconsulto actiones transferuntur, & res, quæ remanet apud hæredem, sine ullo onere hæreditario apud eum remanet, quasi ex legato ei acquisita. Altero verò casu, cùm quarta parte retenta rogatus est hæres restituere hæreditatem, & restituit, scinduntur actiones, & pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommissarium, quo quadrante remanent apud hæredem. Quinetiam licet una aliqua re deducta aut præcepta, restituere aliquis hæreditatem rogatus sit, in qua maxima pars hæreditatis contineatur, æquè in solidum transferuntur actiones. Et secum deliberare debet is, cui restituitur hæreditas, an expediat sibi restitui. Eadem scilicet interveniunt, &, si duabus pluribúsve rebus deductis præceptísve, restituere hæreditatem rogatus sit. Sed etsi certa summa deducta præceptáve, quæ quartam vel etiam maximam partem hæreditatis, continet, rogatus sit aliquis hæreditatem restituere, idem juris est. Quæ autem diximus de eo, qui ex asse institutus est, eadem transferimus & ad eum, qui ex parte hæres scriptus est.*

NOTÆ.

9. UNA ALIQUA RE DEDUCTA] Qui certa aliqua re aut summa deducta rogatus est hæreditatem restituere, similis est hæredi cui ex re certa instituto cohæres simpliciter datus; nam & illum & hunc pro legatario haberi placet, *l. 1. §. ult. h. t. l. pen. C. de hær. inst.*

ILLUD INTEREST] Mæcian. *l. 30. §. 3. hoc tit. Multum interest, utrum qua pars jure hæreditario retineatur, an verò in re, vel pecunia: nam superiore casu actiones dividuntur inter hæredem & fideicommissarium, posteriore verò apud fideicommissarium sunt actiones.*

IN QUA MAXIMA PARS HÆREDITATIS] Nam pretium rei non mutat rationem juris; onera

oneraautem non patitur, nisi qui partē jure hæreditario retinet; *d.l.* 30. §. 3. Quod si res deduci jussa quartam partē non exæquet, poterit hæres quod deest, jure hæreditario retinere, per *l.* 1. §. 16. *eod.*

DUABUS PLURIBUSVE] Ratio, quia semper inspicitur, utrùm qua pars jure hæreditario hæredi attribuatur, an in rebus singulis.

QUI EX PARTE HÆRES] Ut si præcepta re aliqua rogatus sit restituere, res illa apud eum sine onere remaneat.

COMMENTARIUS.

1 *An & quatenus in casu proposito consumpta portione restituta legatarij & creditores cum hærede agere possint.*

SUprà *tit. de hæred. inst. sub §. & si plures*, 8. docuimus, si quis solus ex re certa institutus fuerit, eum perinde hæredem fieri, omniumque bonorū hæreditatem obtinere, ac si simpliciter sine ulla mentione rei scriptus esset, ex *l.* 1. §. *si ex fundo. d. tit. l. cohæredi*, 41. §. *ult. de vulg. & pup.* At si plures instituti sint, quidam ex re certa alij simpliciter aut ex parte hæreditatis, tum eos solos hæredes effici, qui simpliciter aut ex quota scripti sunt; qui ex certa re aut summa, pro legatariis haberi, *l. pen. C. de hær. inst.* nisi hæredes partis universæ defecerint: tum enim idem juris esse, ac si instituti in re singulari ab initio soli fuissent. Huic posteriori speciei similis est, quæ hoc loco proponitur, videlicet cùm quis deducta certa re vel summa rogatus est hæreditatem restituere. Restituta enim in proposito hæreditate fideicommissarius instar cohæredis est, hæres instar ejus, qui ex re certa institutus cohæredem habet scriptum simpliciter. Quamobrem recusante quidem fideicommissario hæreditatē recipere, solus qui rogatus est & adiit, hæres erit: at hæreditate recepta, jam solus fideicommissarius hæredis locum obtinet, alter tanquam cohæres ex re certa vicem subit legatarij.

Vna aliqua re] Quæ *præced. d. §§.* dicta sunt dēsciſsione actionum hæreditariarū inter hæredem fiduciarium, qui parte aliqua ex voluntate defuncti retenta reliquam hæreditatē restituit, & fideicommissarium Trebellianū, ea tunc obtinere hic docemur, quando quis rogatus est hæreditatē restituere retenta parte aliqua hæreditatis seu assis, sive, ut vulgò interpretes loquuntur, deducta quota. Aliud autem longè esse, si quis præcepta re aliqua, veluti fundo, aut summa, putà centum aureis, restituere rogatus sit; quamvis ea res vel summa quartam partem vel ampliùs contineat. Nam etsi hic quoque similiter restitutio ex Senatusconsulto Trebelliano fiat, actiones tamen nullas pro parte retenta, nulláve onera hæreditaria apud hæredem remanere, sed hæc omnia transire ad fideicommissariū, hæredemque præceptum habiturum jure legatarii, id est, sine ullo onere hæreditario, quo constat legatarios non premi, *l. si hæreditatem*, 32. *mand. l. ult. C. de hær. act.* Marcianus breviter dilucidè rem totam proponit in *l. si legatus*, 30. *§. hoc tit. Multum interest*, inquit, *utrùm qua pars jure hæreditario retineatur, an verò in re vel pecunia: nam superiore casu actiones dividuntur inter hæredem & fideicommissarium; posteriore verò apud fideicommissarium sunt actiones.* Huc pertinet, *l.* 1. §. *ult. eod.* Quod si hæres coactus à prætore adierit etiam commodo præceptionis privabitur, *l. ita*, 27. §. *si præceptis*, 14. *eod.*

Qua quartam continet] Quod si res deduci jussa quartam partem non exæquet, tum hæres vel ad supplementum agere poterit, vel quod quartæ deest, jure hæreditario retinere. *Gloss. & DD. hic arg. §. sed quia*, 7. *hoc tit. l.* 1. §. *si hæres*, 16. *eod.* Æquum autem tunc esse, ut hæres saltem pro ratione istius supplementi creditorum actiones excipiat, utique in subsidium censent Glossa in *d. l.* 1. §. *ult. Cantiunc. & Mynsh. hic.*

Ex Senatusconsulto Trebelliano] Antè transfusionem Pegasiani in Trebellianum, si hæres non ultrà dodrantem restituere jussus erat, restitutio fiebat, ex Senatusconsulto Trebelliano. Hoc cùm nostri dicunt, perpetuò significant, actiones pro parte transferri. Si ampliùs dodrante, restitutio fiebat ex Pegasiano. Quo casu actiones apud hæredem remanebant, & stipulationes interponebantur, secundùm ea, quæ tradita sunt, §. *ergò*, 6. *eod.* Hodie remoto Pegasiano distinctè pro parte restituta actiones transeunt. In casu autem proposito etiam anteà restitutio fiebat ex Trebelliano, *l.* 1. §. *si hæres*, 16. *eod.* actionesque in solidum transferebantur; quoniam hæres, apud quem nulla pars jure hæreditario remanet, similis est legatario.

In qua maxima pars hæreditatis] Finge, eum, qui quadringenta possidebat, rogasse hæredem, ut præcepto fundo, qui trecentorum erat, hæreditatem Titio restitueret. Hic etiamsi fundus iste maximam partem hæreditatis, id est, dodrantem contineat, nihilominùs tamen reliquo restituto in solidum actiones in Titium transferuntur. Neque enim pretium rei rationem juris mutat, aut efficit, quominùs res sit singularis. Cæterùm hoc casu consumpta portione restituta, fideicommissario subveniendum esse, hæredemque pro eo, quod ultrà quartam habet, legatariis respondere debere, tradunt *Cantiunc. & Mynsh. hic.* Et multò ergò magis pro eadem quantitate tenebi- 1

tur creditoribus: quippe quibus in subsidium etiam pro tota ea parte, quam præcepit, teneatur, si hæreditas solvendo non sit, ut vult idem *Mynsing. & Gothofr. in annot. marg. ad Schneid.* quod etiam tanquam certum atque apud nos quoque receptum tradit *D. Grot. 2. manud. cap. 20.* Etsi autem fortè rationi juris veteris hæc non satis conveniunt, & fortassis nec novo, si fideicommissarius inventarium facere neglexerit, quo casu obligatur ultrà vires receptæ hæreditatis; novo tamen juri consentanea videntur, ubi fideicommissarius inventarium ex præscripto Iustiniani fecit, aut hæres à se factum ei cessit. Quorum alterutrum satis ei est ad exonerationem æris alieni, quatenus modum hæreditatis excedit, per ea, quæ habet *Bart. in l. in ratione, 11. § quod vulgo, 5. ad Falc. n. 9. & 10.* quanquam Bachovius putat, etiamsi ipse fideicommissarius solvendo non sit, hæredem tamen in subsidium conveniri non posse, cùm aliud remedium creditoribus paratum sit, & præcipuè hoc, ut si putent hæredem non esse solvendo, bonorum separationem petant.

Et secum deliberare debet] Cautiùs faciet si jure deliberandi non utatur, sed novo beneficio inventarij, quod à Iustiniano datum omnibus, quibus deliberandi potestas est de adeunda aut suscipienda hæreditate, *§ extraneis, 5. sup. de hared. qual.*

Si duabus pluribusve] *L. ita tamen, 27. § si præceptis, 14. hoc tit.* Quippè non multitudo rerum relictarum, sed modus relinquendi juris differentiam inducit, inspiciturque semper, utrùm qua pars in hæreditate seu jure universo hæredi attributa sit, an in rebus singulis hæreditariis, Mynsingerus imperitè rem hæreditariam cum quota hæreditatis confundit.

Sed & si certa summa] Huc ergò pertinet, *l. 1. §. 17. eod.* quem locum perperam DD. comm. alio trahunt, nimirùm ut probent, etiam retenta quarta parte hæreditatis actiones legatorum in solidum in fideicommissarium dari: quanquam vera mihi videtur propositio.

Ad eum, qui ex parte] Pone, eum, qui quadringenta habebat, duos hæredes instituisse, singulos ex semisse; alterumque rogasse, ut deducto fundo, qui centum valet, aut deductis centum, partem suam restitueret L. Titio. Titius recepta hæreditate solus pro semisse actiones excipit; cùm ubi partis dimidiæ hæres rogatus est, ut retenta parte quarta aut quadrante suæ portionis restituat, atque restituit, pro sextante obnoxius maneat.

TEXTUS.

10. *Præterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum, ad quem bona sua vel legitimo jure vel honorario pertinere intelligit, ut hæreditatem suam totam partémve ejus, aut rem aliquam, veluti fundum, hominem, pecuniam, alicui restituat: cùm alioqui legata nisi ex testamento non valeant.*

NOTÆ.

10. INTESTATUS MORITURUS] Poterat dubitari, quia legitimi & honorarij hæredes nihil à defuncto accipiunt, sed illos lex, hos prætor vocat: ejus autem, qui à defuncto nihil accipit, fideicommitti non potest, *l. 9. C de fideic.* Sed huic dubitationi occurrit Paul. *l. 8. § 1. de jur. cod.* Ulp. *l. 1. § 6. de leg. 3.* Nimirùm etiam his hæreditatē tacitè à defuncto relinqui, dum eos non excludit alios instituendo quod pro jure suo facere poterat.

LEGATA NISI EX TESTAMENTO] *l. 38. de cond. & dem.* Hoc autem dicit respiciens ad jus vetus: nam postquàm confusa est legatorum & fideicommissorum natura, etiam hanc differentiam sublatam esse tenebimus, *leg. 2. Cod. comm. de fideic.*

COMMENTARIUS.

1 *Ratio cur etiam à legitimis & honorariis hæredibus fideicommissum relinqui possit.*

2 *An fideicommissum à legitimo hærede relictum, successione propter repudiationem primi gradus agnati ad sequentem devoluta, debeatur.*

FIdeicommissum tam hæreditatis, quàm singulare, non solùm testamento, verùm etiam codicillis relinqui potest. Quid ei observandum sit, qui testamento relinquere fideicommissum hæreditatis velit, didicimus *§. 2. sup. hoc tit.* nimirùm ut directò testamento hæredem instituat, atque ab eo relinquat. Codicillis potest quidem & ab hærede testamentario relinqui, *leg. 3. §. 2. leg. 8. in pr. de jur. cod. Vlp. tit. 25 § 9.* Cæterùm potest, & ab eo, qui ab intestato venturus est, sive legitimus sit, sive honorarius successor, *d. leg. 3. pr. d. l. 8. §. 1.* Unde quamvis de instituto tantum hærede senatus loquatur, *l. 1. §. 2. hoc tit.* tamen ad legitimum quoque & honorarium per interpretationem consultum senatus extensum est,

dict. 1. leg. §. 5. & §. 7. leg. 6. §. 1. eodem.

Intestatus moriturus] Dubitari potuit, an à successore legitimo aut honorario fideicommissum rectè relinquatur. Sic enim jus est, ut ab eo, qui nihil à defuncto accipit, nihil per fideicommissum relinqui possit, *l. 9. C de fideic.* Legitimi autem hæredes aut honorarii nihil à defuncto accipiunt, sed illos lex 12. tabularum ad hæreditatem vocat, hos prætor ad bonorum possessionem. Verùm hæc
1 dubitatio facilè tolli potest. Quamvis enim in casum non ademptæ hæreditatis legitimi hæredes à lege, honorarii à prætore vocentur: tamen cùm defunctus eos testamento facto excludere potuisset aliis hæredibus institutis, (salva utique portione liberis & parentibus debita) hæreditatem ipsis tacitè relinquere videtur dum non adimit, quod pro jure suo facere poterat. Atque hoc est, quod Jurisconsultus significat in *l. 1. §. sciendum, 6. de legat. 3.* cùm ait, *fideicommitti eorum posse, ad quod aliquid perventurum est, vel dum ipsis datur, vel dum non adimitur*: in quam sententiam eleganter Paulus *l. 8. §. 1. de jur. cod. Ideò*, inquit, *fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur paterfam. sponte sua his relinquere legitimam hæreditatem.* Ex quo etiam hoc efficitur, neminem posse fideicommittere hæredis ab intestato, nisi qui testamentum facere potest, *l. 3. in pr. de jur. cod. Ulp. d. tit. §. 3.* Estque hoc juris explorati, eos, qui testamentum facere non possunt, nec codicillos posse, *l. 6. §. 3. l. 8. §. 3. de jur. cod.* De illo quæsitum est, si quis intestatus decedens ab eo, qui primo gradu
2 ei succedere potuit, fideicommissum reliquerit, si illo repudiante ad sequentem gradum devoluta sit successio, an fideicommissum debeatur. Negat Ulp. *d. l. 6. §. pen. de legat. 3.* quod tamen idem affirmativè videtur, *l. si Titio, 61. §. 1. de legat. 2.* & Julian. *leg. 3. de jur. cod.* Doctores vulgò cùm *Accurs. & Bart. ad d. ll.* interesse respondent, utrùm simpliciter hæredes ab intestato venientes gravati sint, an aliquis nominatim: illo casu fideicommissum à quolibet succedente deberi; hoc casu non deberi, nisi à cohærede gravati portionem suam repudiantis; quoniam is in portione accrescente similis est substituto, *argum. dict. l. 3. de jur. cod. unde l. pater meus, 29. §. 1. de legat. 2. add. Bart. in l. cum pater, 77. §. cum existimaret, 29. de legat. eod.* quæ distinctio rationem habet. Anton. Faber 4. *conject. 15.* contendit, vitiosam esse lectionem *d. §. pen. leg. 1. de legat. 3.* legendumq; demptanegatione, *fideicommissum debere.* Mihi tam periculosa confidentia non placet.

Legata nisi ex testamento] Legatum olim non nisi testamento aut codicillis testamento confirmatis dari potuit; credo quod civilibus verbis atque imperativis legis modo relinquebatur. *Ulp. tit. 24. fac. l. si ita, 38. de cond. & dem.* quibus tantùm in testamento locus erat. Unde definitur legatum, donatio testamento relicta, *l. 36. de legat. 2.* Scilicet inconveniens visum est, pro imperio aliquid mandare ei, quem non defunctus, sed lex hæredem facit. Probabile tamen est, legata codicillis ab intestato data, interpretatione plerumque adjuta, atque ut vim fideicommissi haberent, benignè receptum fuisse, *arg. l. Scævola, 76. hoc tit.* Hodie autem postquàm constitutione Justiniani confusa est legatorum & fideicommissorũ natura, *l. 2. C. comm. de legat.* hanc etiam differentiam sublatam esse tenebimus, & legata quoq; ab intestato relicta directò valere, contrà Ioh. Fabrum, Angel. & Giphan.

TEXTUS.

II. *Eum quoque, cui aliquid restituitur, potest rogare, ut id rursum alij, aut totum, aut partem, vel etiam aliquid aliud restituat.*

NOTÆ.

II. UT ID RURSUM ALII] Atque in hac etiam restitutione placet actiones ex SC. transferri in fideicommissarium secundum, *l. 1. §. 8. hoc tit.* Ius autem quartæ retinendæ solus hæres habet, non fideicommissarius, *l. 47. §. 1. ad leg. Falc. leg. 22. §. ult. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

NOn modò hæres de restituenda hæreditate aut parte ejus rogari potest, verum etiam fideicommissarius, ut vel totum, vel partem ejus, quod accepit, rursus alii restituat: atque in hac etiam restitutione placet actiones ex Senatusconsulto transferri in fideicommissarium secundum, *l. 1. §. de illo, 8. hoc tit.* posse & cogi primum fideicommissarium, qui totam hæreditatem, cùm suspecta diceretur, recepit, totam restituere, *l. si patroni, 55. §. 2. eod.* Solus autem hæres beneficio legis Falcidiæ utitur, id est, jus quartæ retinendæ habet, *l. lex Falcidia, 47. §. 1. ad leg. Falcid.* Etenim cùm semel adita est hæreditas, omnis defuncti voluntas rata constituitur, *d. l. 55. §. 2.* Proinde cæteri, quatenus ceperunt, & rogati sunt restituere, fideicommisso obstringuntur, *L. Lucius, 78. §. hæres, 11. hoc tit.* similiter ut legatarii, à quibus fideicommissum relictum est, *leg. pœnales, 32. §. si Titio, 4. ad leg. Falcid.* Planè, si hæres, ut prior fideicommissario donaret, jure

suo usus non sit, posse quartam secundo fideicommissario detrahi, responsum est, *l. 1. §. inde Neratius, 19. hoc tit.*

TEXTUS.

12. *Et quia prima fideicommissorum cunabula à fide hæredum pendent, & tam nomen, quàm substantiam acceperunt, ideò D. Augustus ad necessitatem juris ea retraxit. Nuper & nos eundem Principem superare contendentes, ex facto, quod Tribonianus vir excellentissimus, Quæstor sacri palatij, suggessit, constitutionem fecimus, per quam disposuimus, si testator fidei hæredis sui commisit, ut vel hæreditatem, vel speciale fideicommissum restituat; & neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, possit res manifestari; sed vel pauciores, vel nemo penitùs testis interverierit: tunc sive pater hæredis, sive alius quicunque sit, qui fidem hæredis elegerit, & ab eo restitui aliquid voluerit: si hæres perfidia tentus adimplere fidem recusat, negando rem ita esse subsecutam, si fideicommissarius ei jusjurandum detulerit, cùm prius ipse de calumnia juraverit: necesse eum habere, vel jusjurandum subire, quod nihil tale à testatore audiverit, vel recusantem ad fideicommissi, vel universalis, vel specialis solutionem coarctari. Ne depereat ultima voluntas testatoris fidei hæredis commissa. Eadem observari censuimus etsi à legatario, vel fideicommissario aliquid similiter relictum sit. Quod si is, à quo relictum dicitur, (postquàm negaverit) confiteatur quidem, aliquid à se relictum esse, sed ad legis subtilitatem recurrat, omninò solvere cogendus est.*

NOTÆ.

12. CONSTITUTIONEM FECIMUS] Extat in *l. ult. Cod. de fideic.*

QUI IN FIDEICOMMISSIS LEGITIMUS] Hoc à Theodosio primùm constitutum est, *l. ult. §. ult. C. de codicill.* Manet autem etiam nunc, ut ex hoc loco intelligitur. Quod verò hic sancit, tunc solùm obtinet, cùm defunctus rem, quam præstari voluit, fidei hæredis præsentis commisit extrà testamentum aut codicillos.

PRIUS DE CALUMNIA IURAVERIT] Id est, se non calumniandi vexandive aut hæredem religionе urendi animo jusjurandum deferre, sed quod ita se rem habere, ut ait, plane persuasum habeat. Ratio juris postulat, ut is, qui jusjurandum defert, prior de calumnia jurare debeat, si hoc exigatur, *l. 34. §. 4. de iureiur.*

VEL IUSIURANDUM SUBIRE] Neque enim jusjurandum in proposito referri potest; cùm hic nō agatur de eo, quod uterque, sed quod solus hæres scire potest, & cujus actor ignarus est, quo casu relationi non est locus, *d. l. 34. pr. l. 11. & seq. rer. amot.*

COMMENTARIUS.

1 *Quando dispositioni h. §. locus.*
2 *Non mutari constituta l. ult. §. ult. C. de codic. nec l. 23. C. de fideic.*
3 *Hæredem in specie proposita non posse iusiurandum referre.*
4 *Glossema in fine textus observatum.*

AUdivimus suprà, fideicommissorum originem, nomen & substantiam à fide hæredum manasse. Hinc Iustinianus argumentum sumit mirifici in fideicommissa favoris, ut quemadmodum ex sola fide hæredum ab initio pendebant, ita & sola religione hæredum, quorum præsentium fidei aliquid commissum est, nunc consistant, nec ordinariam probationem desiderent. Constitutum hoc à Iustiniano, *l. ult. C. de fideic.*

Neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero] Quando testator, contempta omni alia 1
probatione scripturæ vel testium, fidei solius hæredis committit, ut aliquid præstet, placet Iustiniano, fideicommissum ab hærede præstandum, idque sive neget hæres, fideicommissum à se relictum, & jusjurandum super ea re sibi delatum subire recuset, sive ultrò fateatur, esse à se relictum, sed dicat, se non teneri, quia non solennirer relictum sit, *d. l. ult.* Prius verbis constitutionis expressum est: alterum ex priore colligitur. Cur enim hæres jurare recusans fideicommissum solvere cogitur? Non aliam utique ob causàm, quàm quod recusatio jurisjurandi tacitam confessionem habet, *l. manifestæ, 38. de iureiur.* ut proinde multò magis fideicommisso eum obstringi oporteat confessione aperta. Quia autem & prior casus nonnihil iniquè habere videtur, & utroque jus novum, ac contrarium ei, quod de numero testium in ultima voluntate adhibendo placitum est, continetur, ideò constitutionem

tionem suam adversus tacitas objectiones munivit. Si quis enim fortè objiciat, iniquum esse, ab
2 hærede fideicommissum exigi citrà ullam probationem, respondet illud hac in re iniquum non esse, ubi hæres jurejurando sibi delato in sua causa constituitur testis & judex, ut sit in ejus potestate, non teneri jurando se nescire quicquam relictum esse. Si quis dicat, in omni suprema voluntate ad minimum requiri quinque testes; *l. ult. §. ult. C. de codic.* respondet id justum esse, cùm res per testes probanda est, ne quid falsitatis admittatur, cujus nihil in specie proposita metui potest: quoniam testimonium ab ipso hærede, eodemque debitore, exigitur. Quod ergò traditum est in *l. si veritas*, 23. *C. de fideic. cum similib.* ex imperfecta scriptura nihil deberi, hoc etiam nunc manet; & nisi de fide scripturæ, quam testator servari voluit, justo numero testium constet, fideicommissum exigi non poterit: consule Mantic. *de conject. ult. volunt. lib. 2. tit. 15. num. 5.* Qua autem ratione motus jus hoc introduxerit Iustinianus, in calce constitutionis exponit.

Qui in fideicommissis legitimus] Hoc à Theodosio primùm constitutum est, *d. l. ult. C. de codic.* Anteà enim, cùm numerus testium in codicillis definitus non fuerit, vel duos idoneos sufficisse arbitror, *arg. l. ubi numerus, 12. de testib.* de quo plenius sub *§. ult. inf. de codic.* Manet autem nunc etiam jus constitutum, *d. l. ult. §. ult. C. de codic.* ut ex hoc loco intelligitur. Nam quod *hic & d. l. ult. C. de fideic.* Iustinianus sancit, tunc solùm obtinet, cùm defunctus rem, quam præstari voluit, fidei hæredis præsentis commisit extrà testamentum aut codicillos.

Cùm prius ipse de calumnia juraverit] Id est, se non calumniandi seu vexandi, hæredemque religione urendi animo jusjurandum deferre: sed quia ita se rem habere sibi planè persuasum sit: quod jusjurandum licèt aliàs in usu esse desierit: tamen in omni judicialis jurisjurandi delatione, si exigatur, est præstandum, juxta *l. jusjuranaum, 34. §. 4. de jurejur. Damhoud prax. civil. c. 151. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3 tit. 8.*

Vel jusjurandum subire] Conditione jurisjurandi in judicio delata regulariter reus jurare cogitur, aut referre, aut solvere, *l. 9. C. de reb cred.* Manifestæ enim confessionis esse creditur, nolle jurare, aut jusjurandum referre, *l. manifestæ, 38. de jurejur.* At in proposito ne referre quidem hæres potest: quippè cùm hic agatur non de eo, quod uterque scire potest, sed quod solus hæres, & cujus actor
1 gnarus est: quo casu relationi non est locus, *leg. Marcellus, 11. & seq rer. amot. de leg. iusiurandum in pr. de iureiur.* & ita rectè *Mynsing. Schneid. VVesemb. hic.* mirumque est, veteres interpretes in re tam manifesta variare.

Postquàm negaverit] Hæc verba neque in ipsa constitutione Iustiniani reperiuntur, & testibus Cujacio, Russardo, Horomanno, Contio, Fabror, desunt in veteribus codicibus, neque Theophilus ea agnoscit: & Io. Faber quoque refert, se Bononiæ aliquot codices vidisse, à quibus aberant. Quare suspicari licet, glossema esse. Si verò retineantur, non ita accipienda sunt, quasi non alia conditione hæres in specie proposita fideicommisso obligetur, quàm si prius negaverit, & ad jusjurandum actus jurare recuset: sed ideò posita, quia hic casus solùm verbis expressus fuit: cæterùm simpliciter, quisquis confitebitur de fideicommisso obligabitur: neque enim pœnæ causa hic quanquam constitutum, ut hæredis inficiatio coërceatur; in qua falluntur *DD. comm. Bart. Salic. Castr. Sichard. ad d. l. ult. Mynsing. Schneid. hic.* sed totum voluntatis testatoris servandæ causa: ut disertè scriptum est in extremo, *d. l. ult.* & tenent *Ioh. Fab. & Ias. in d. l. ult.* quos etiam ex facto consultus, non attenta communi opinione, in respondendo secutus est quondam Curiæ nostræ Coryphæus, Reinerus ab Amsterdam. Atque hæc sententia probatur etiam à Wesembec. *hic.* Donello in *d. l. ult.* nec alienus Mantica, *d. lib. 2. tit. 13. num. 5.*

TITULUS XXIV.

De singulis rebus per fideicommissum relictis.

Continuatio, & argumentum tituli.

HActenus de fideicommissis universalibus, quibus scilicet hæreditas aut pars hæreditatis relinquitur: quæ à legatis multum differunt: sequuntur nunc fideicommissa specialia, quibus relinquuntur res singulæ, quorumque & legatorum eadem ex constitutione Iustiniani natura est, idemque effectus: nam exæquatio illa legatorum & fideicommissorum, de qua agitur, *§. 3. sup. de legat. & l. 2. C. comm. de legat.* ad sola fideicommissa particularia pertinet, ut demonstravimus in explicatione *d. §. 3. & pr. tit. prec.* Docet hic Imperator, à quibus fideicommissa singularum rerum relinquit, tum quæ res per ea relinqui possunt: postremò in genere, quibus maximè verbis fideicommissa relinqui solent.

TEXTUS.

Potest tamen quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere; veluti fundum, argentum, hominem, vestem & pecuniam numeratam; & vel ipsum hæredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis à legatario legari non possit.

NOTÆ.

VEL LEGATARIUM] Vel fideicommissarium etiam rei singularis, §. *seq. l. 9. C. de fideic.* vel donatarium mortis causa, *l. 77. §. 1. de leg. 2.* interdum & in contractibus fideicommissum constituit, exempl. in *26. pr. depos. l. 77. de leg. 2.*

A LEGATARIO LEGARI NON POSSIT] Hoc etiam ad jus vetus referendū. Ulp. *tit. 24. §. 19.* Cajus *lib. 2. tit. 7.* Nam hodie hæc quoque differentia sublata, utique quod à legatario legatum est, valebit nunc jure fideicommissi, arg. *l. 1. C. comm. de leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur olim à legatario legari non potuerit, & an hodie possit.*

FUndum, argentum, vestem, hominem] Hæc nomina generalia quidem sunt, verùm specificè hic sumuntur: intelligitur enim certa species ex eo genere relicta, *l. legato, 37. de legat. 1.* Cæterùm & si quis fundos suos omnes, omne argentum, vestem omnem, omnes servos per fideicommissum speciale est, & simile legato.

Vel legatarium] Singulæ res per fideicommissum non solùm ab hærede relinqui possunt, verùm etiam à legatario. Possunt & ab hærede hæredis vel legatarii, *l. 5. §. 1. de legat. 3.* Idem juris est de fideicommissario etiam rei singularis, *§. 1. hoc tit. l. ab eo, 9. C. de fideicommiss.* & donatario mortis causa, *l. cum pater, 77. §. 1. de legat. 2. l. 8. §. 2. de transact.*

A legatario legari non possit] A legatario legari non posse, quamvis fideicommissa ab eo rectè dentur, discimus etiam ex *Ulp. tit. 24. §. à legatario, 19. & Gaio lib. 2. tit. 7. §. 3.* Cujus differentiæ hæc ratio esse videtur, quod legata verbis civilibus & imperativis relinquuntur, quibus uti in eum solùm liceat, quem universi juris successorem esse volumus & locum nostrum subire. Differit autem ita Iustinianus, quasi hæc differentia etiamnum obtineret, quod etiam Giphanio videtur, eo quod hæc differentia naturalis sit, quoniam nulla legandi à legatario formula dari potest. Ego verò à communi & recepta interpretum sententia non recedo, qui censent, etiam hanc differentiam unà cum cæteris hodie sublatam esse, legataque non minus, quàm fideicommissa à legatario relinqui posse. *per l. 2. C. comm. de legat.* Equidem concedo, non omnibus legandi formulis, cùm à legatario legatur, locum esse: sed quod Giphanius ait, nullū dari posse, id nego. Per præceptionem hæredi à cohæredibus duntaxat legari constat. Nō video etiam, quomodo per vindicationē possit à legatario legari. Etenim si testator, postquàm legavit, *Titio fundum Tusculanum do, lego.* mox eundem fundū Seio leget hac formula, *Seio eundem fundum Tusculanum do, lego*; aut sic, *Seius fundum Tusculanum sibi habeto*: aut conjunctio erit, aut ademptio. At damnationis formulæ hic usus esse potest, *Titius damnas esto partem dimidiam fundi, quem ei legavi, dare Seio, Titium legatarium meum tentum Seio dare iubeo.* Nam & olim magna erat legatis per damnationem cum fideicommissis affinitas, & nonnulla verba communia utriusque generis, ut jubeo, volo, impero, damno, *vid inf. §. ult.* Quin etiam sinendi modo à legatario rectè legari, defendi potest, veluti si testator dicat, *L. Titius legatarius meus damnas esto sinere C. Seium sibi habere partem fundi, quem ipsi legavi.* Non obstat, quod Iustinianus simpliciter scribit, à legatario legari non posse: nam præcedenti quoque titulo §. *præterea*, 10. simpliciter scripsit, legata nisi ex testamento non valere. Omnes quippè §§. in quibus observat differentiam inter legata & fideicommissa ex constitutione sua emendationē recipere voluit: quāvis separatim ita tractet, quasi differētiæ adhuc manerent; id quod se facturū anteà testatus est §. 3. *sup. de legat.* quo permistio & similitudo noviter introducta clarior esset & facilior.

TEXTUS.

1. *Potest autem non solùm proprias res testator per fideicommissū relinquere; sed & hæredis aut legatarii, aut fideicommissarii, aut cujuslibet alterius. Itaq; & legatarius & fideicommissarius non solùm de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat, quæ ei relicta sit: sed etiam de alia, sive ipsius, sive aliena sit. Hoc solùm observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quàm*

quàm ipse ex testamento ceperit : nam quod amplius est, inutiliter relinquitur. Cùm autem aliena res per fideicommissum relinquitur necesse est, ei qui rogatus est, aut ipsam rem redimere præstare, aut æstimationem ejus solvere.

NOTÆ.

1. NON SOLUM RES PROPRIAS] Quemadmodum etiam non solùm res suas testator legare potest, sed etiam hæredis, & alienas, §. 4. *sup. de legat.*

AUT FIDEICOMMISSARII] Primi scil. ; si enim fideicommissario rem suam inutiliter relinqui existimo, per §. 10. *sup. d. t.*

SIVE ALIENA] Valetque fideicommissum, si defunctus sciverit rem alienam esse : non si ignoraverit, nisi conjectura voluntatis aliud suadeat, *l.* 10. *C. de legat.* Vid. *nec sup.* §. 4 *d. t.*

NE PLUS ROGETUR RESTITUERE] Nemo enim alium onerare debet suprà id, quod ei reliquit, & disponere de alieno, *l.* 1. §. 17. *ad Sc. Treb.* & 1, §. *de leg.* 3. *l.* 9. *C. de fideic.*

AUT IPSAM REM REDIMERE] Vid. *d.* §. 4. *sup. de legat l.* 14 §. *ult. de legat.*

COMMENTARIUS.

1 *Iam olim communia fideicommissis cum legatis.*
2 *Declaratio regulæ, Nemmem posse rogari, ut plus restituat, quàm ipse cepit.*

1 MUlta etiam jam olim fideicommissis communia cum legatis fuere : quale est hoc quod hic traditur de re, quæ testatoris propria nõ sit, per fideicommissum relicta. Res, quæ, cùm in commercio sit, testatoris propria non est, eam necesse est vel hæredis esse, vel legatarij aut fideicommissarij, vel tertij alicujus ; quæ sola in hac tractatione plerumque aliena dicitur, ut notavimus §. 4. *sup. de legat.* Quemadmodum igitur non solùm res testatoris legari potest, sed etiam hæredis; *d.* §. 4. ita sciamus, non solùm rem testatoris, sed etiam hæredis per fideicommissũ relinqui posse; & quod responsum est, valere hujusmodi legatum, etiamsi testator existimaverit rem suam esse, *l. unum*, 67. §. *si rem*, 8. *de legat.* 2. id ad hujus generis fideicommissum quoque pertinere. Contrà quemadmodum res, quæ legatarii est, ei inutiliter legatur; §. *sed si rem*, 10. *sup. de legat.* ita & fideicommissario rem, quæ ipsius sit inutiliter relinqui. De re legatarij aut fideicommissarii alteri legata quæri olim non potuit, quia ab his legari non licebat, sed tantùm fideicommissum dari. Nunc verò etiam in legatis huic quæstioni locus est. Sed hoc præterit Iustinianus; quippè cui hic sermo est de fideicommissis, non considerata legatorum cum his exæquatione. Ait, per fideicommissum relinqui posse etiam rem legatarii aut fideicommissarii, à quo scilicet relinquitur, non cui relinquitur. Sed quid si in proposito defunctus putaverit rem suam se relinquere ? Dicemus, nihilominùs valere fideicommissum, eadem ratione, qua si res hæredis esset, valeret, *arg. d. l. unum*, 67. §. *si rem*, 8. *de legat.* 2. *d.* §. 4. *sup. de legat. eum ibi notat.* Porrò illud quoque commune est, quod hic ait Iustinianus, etiam rem cujuslibet alterius, quæ uno nomine in hoc argumento aliena dicitur, per fideicommissum relinqui posse : nam legari posse docuit *d.* § 4. Denique illud etiam, quod eodem loco plenius à nobis in commentariis relatum est, legatum rei alienæ non semper deberi, sed interesse, utrùm testator sciverit an ignoraverit, esse alienam ; atque illo demum casu, non hoc, valere legatum, nisi conjectura voluntatis aliud suadeat; sciendum est, ad fideicommissũ quoque rei alienæ pertinere, *l.* 10. *C. de legat.*

Etiam de alia, sive ipsius] Legatarii sc. qui rogatur, aut fideicommissarii primi : nam per fideicommissum non modò reddendi onus imponi potest, sed etiam dandi. Ipsi verò fideicommissario rem suam inutiliter relinqui existimo, *arg.* §. *sed si rem*, 10. *sup. de legat.* & mutuæ exæquationis legatorum & fideicommissorum, quicquid contrà disputet Bachovius.

Ne plus rogetur quisquàm restituere] Hoc summam rationem habet. Ut enim liceat morientibus eam legem, quam velint, suis rebus dare ; tamen hoc licere nemini debet, ut aut alium, cui nihil dedit, oneret, aut oneret quemquam suprà id, quod ei reliquit, & disponat de alieno, *l.* 1. §. *si is qui*, 37. *ad Sen. Treb. l.* 1. §. *sciendum*, 6. *de legat.* 3. *l. filiusfam.* 114. §. 3. *de legat.* 1. *l.* 9. *C. de fideic.* Hujus autem regulæ complures traduntur exceptiones : quæ tamen non tam exceptiones sunt, quàm declarationes regulæ. Cujusmodi est, quod, si alicui centum legata sint, & is duplum post tempus restituere rogatus sit, placet valere fideicommissum etiam ultrà summam legatam, quatenus intermedio tempore usuræ perceptæ eam excedunt *l. Imperator*, 70. §. 1. *de legat.* 2. Tale item est illud, quod qui acceptis centum rogatus sit rem propriam, quamvis majoris pretii, restituere, is agnito legato fideicommisso obstringitur : quoniam agnoscendo legatum non majoris rem suam æstimasse videtur, *d. l. Imperator*, §. 1. *in fin.* Item hoc quod traditum est, si cui fundus legatus sit, atque is eum fundum restituere sit rogatus, & centum dare, valere fideicommissum

§.

si legatarius interim centum ex fructibus perceperit, *d. l. filiusfam.* 114. §. 3. *de legat.* 1. Denique etiam illud, quod duabus rebus disjunctim legatis, atque ea, quæ pretiosior est, restitui jussa, fideicommissum debeatur, licet legatarius viliorem elegerit, propterea quod eam, quæ pluris erat, eligere potuisset, *l. planè*, 94. §. 2. *de legat.* 1.

Redimere & præstare, aut æstimationem ejus solvere] Re aliena per fideicommissum relicta, is, qui rogatus est, vel redimere eam debet & præstare, vel si dominus eam non vendat, æstimationē ejus inferre, perinde ac juris est in rei alienæ legato: *l. non dubium*, 14. §. 2. *l. qui quatuor*, 30. §. *ult. de legat.* 3. quod latiùs explicatum *sup.* §. 4. *de legat.*

TEXTUS.

2. *Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut hæres eum rogetur manumittere, vel legatarius, vel fideicommissarius: nec interest, utrùm de suo proprio servo testator roget, an de eo, qui ipsius hæredis, aut legatarij, vel etiam extranei sit. Itaq; & alienus servus redimi & manumitti debet. Quod si dominus eum non vendat, (si modò nihil ex judicio ejus qui relinquit libertatem, perceperit) non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur, quoad possit tempore procedente, ubicumq; occasio servi redimendi fuerit, præstari libertas. Qui autem ex fideicommissi causa manumittitur; non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus sit, sed ejus, qui manumittit. At is, qui directò ex testamento liber esse jubetur, ipsius testatoris libertus fit; qui etiam Orcinus appellatur. Nec alius ullus directò ex testamento libertatem habere potest, quàm qui utroq; tempore testatoris fuerit, & quo faceret testamentum, & quo moreretur. Directò autem libertas tunc dari videtur, cùm non ab alio servum manumitti rogat, sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult.*

NOTÆ.

2. AUT LEGATARII, &c.] Vid. *l.* 24. §. 12. *l.* 39. *de fideic. lib.* 6. *C. eod.*

EIUS QUI MANUMITTIT] *l.* 7. *Cod. d. t.* & tam contrà tabulas quàm ab intestato ad bona manumissi venire potest, quasi patronus: sed operas ei imponere non potest, nec impositas ab eo petere, *l.* 29. *de bon. libert.*

ORCINUS] Orcinorum crebra in libris nostris mentio, *l.* 3. §. 3. *de legit. tut. l.* 8. *hær. inst. l.* 22. *de pecul. l.* 2. *de statu lib.* &c. χαρωνιανοὶ à Th. vocantur eadem forma, qua Orcini senatores, quorum meminit Suet. in *Aug. cap.* 35. à Plutarcho in *M. Anton.* χαρωνῖται dicuntur.

VELUT EX SUO TESTAMENTO] Αμέσως, protinus ex testamento, cùm testator servum suum se mortuo simpliciter liberum esse jubet, nec ab alio libertatem dari mandat.

COMMENTARIUS.

1. *Libertini Orcini & nunquid juris in eos familiæ.*
2. *Differentiam libertatis directæ & per fideicommissum datæ non tolli, l. 2. Comm. de legat.*
3. *L. §. de man. test. cum aliis locis conciliata.*

ETiam libertates per fideicommissum dari possunt, & quidem largius, quàm directò, cùm non tantùm propriis servis, sed etiam alienis per fideicommissum libertas dari possit modò vulgaribus atque evidentibus verbis voluntas testatoris exprimatur, teste Licinio in *l. libertatis*, 16. *de fideic. libert.* Quod ait, non tantùm propriis, sed etiam alienis, ex eo intelligitur, directò servis alienis libertatem dari non posse: quod etiam expressè rescriptum est in *l.* 9. *C. de testam. man.* Putaverit tamen quis, etiam in casu libertatis servo alieno directò datæ favore libertatis defendi ei posse fideicommissariam, *arg. l. generaliter*, 24. §. *si quis*, 10. *l. de fideic. libert. l.* 10. §. *ult. de testam. tut.* sed obstant memorati textus, & maximè *l.* 9. *C. de testam. manum.* quo loco rescribitur, nec hæredis servo directò libertatem dari posse. Quod si directò data saltem in vim fideicommissæ valeret, id utique Imperatores consulti non dissimulassent, & in *l. si servus*, 108. §. *si servus*, 9. *de legat.* 1. tale legatum dicitur esse nullius momenti.

Vel legatarius vel fideicommissarius] Qui, si testatoris servus est, ab hærede eum rediment & manumittent; si modò quod à defuncto iis relictum est, agnoverit.

Aut legatarii] Quo casu legatarius accepto legato cogetur servum manumittere, etiamsi fortasse minus sit in eo, quod accepit, quàm in pretio servi, *d. l. generaliter*, §. *si quis*, 12. *de fideic. libert.* quia non pluris servum suum æstimasse videtur, *l. sed si* 36. *ad leg. Falc.*

Aut

Aut etiam extranei] *l. 6. C. de fideic. lib.* Cæterùm legatarius alienum servum manumittere rogatus, non aliàs erit cogendus, quàm si tanti possit redimere, quanti est id, quod ex judicio defuncti consecutus est, *d. l. generaliter §. si quis.*

Non statim extinguitur libertas] Si dominus servum suum, cui libertas per fideicommissum relicta est, vendere nolit, non ideò protinus fideicommissum extinguitur; sed expectanda est emendi opportunitas, *d. l. 6. C. de fid. lib.* equidem æstimatio hic præstari non potest, ut in casu *§. præc. in fin.*

Eius, qui manumittit] Cui per fideicommissum libertas relinquitur, is eius libertus efficitur, à quo manumissus est; *l. 7. C. de fideic. lib.* Cæterùm hic manumissor jus patronatus in eo tantùm acquirit, ut contra tabulas & ab intestato ad bona eius venire possit: at non ut etiam operas ei possit imponere, aut impositas ab eo petere, *l. qui ex causa 29. de bon. libert.*

Ipsius testatoris] Directa libertas ipso jure statim ab adita hæreditate competit, *l. 10. C. de testam. man. l. testam 23. & l. 25. D. de man. test. l. quaro 32. §. ult. de testam. tut.* Itaque is qui directò testamento liber esse jubetur; testatoris libertus fit, ut hic ait Justinianus: quam ob causam libertus *Orcinus* appellatur, quasi *Orci libertus*, aut eius, *qui ad Orcum demissus est*: *Acheronticus* à Cujacio, Χαρωνιακὸς à Theophilo vocatur, eadem forma, qua *Orcini senatores*, quorum in Augusto *c. 35.* meminit Suetonius, à Plutarcho in *M. Antonio* Χαρωνῖται dicuntur. Orcinorum crebra in libris nostris mentio est, *l. 3. §. 3. de legit. tut. l. 8. de hær. in l. dominus 22. de pecul. leg. l. 1. aliàs 2. §. per contrarium de dot. præl. l. 2. de statu. lib. l. 4. §. hi qui 12. de fideic. lib. l. 10. C. de testam. l. 8. C. de jur. & fact. ign.* Orcini etiam liberti efficiuntur, qui latitante hærede vel legatario rogato manumittere ad libertatem perducuntur, quique ob necem domini detectam præmium libertatis consequuntur *l. cum quasi 30. §. quærendum 12. l. si is 49. de fideic. lib. l. 5. qui sine man.* Igitur Orcini cùm eum patronum habeant, qui esse desiit, non malè dicuntur liberti nullius esse, *l. 4. in pr. de bon. lib.* Legimus tamen Orcinos ad familiam testatoris pertinere, *l. 3. §. 3. de legit. tut.* liberos & cognatos jus patronatus in Orcino habere, *l. un. § sed etsi 7. C. de Latin. lib. toll.* Qua de causa suspicari licet, quamvis familia plenum jus patronatus in Orcino non habuerit, quædam tamen jura, ut in liberto habuisse. Porrò hæc differentia etiam post constitutionem Justiniani, qua directò & per fideicommissum data exæquata sunt, *l. 2. C. comm. de legat.* retinenda est: quippe quam voluntas testatoris facit, & quæ tolli sine iniuria eius, qui à testatore rogatus est manumittere, non potest; cui alioqui eriperetur jus patronatus, quod defunctus eum habere voluit: in quo consentiunt omnes interpretes paucis recentiorum exceptis.

Quo faceret testamentum & quo moreretur] Hoc item traditur in *l. Servius 35. de man. test.* Neque obscuram rationem habet. Nam cùm alieno servo inutiliter libertas directò ab initio detur, ex postfacto ea datio convalescere non potest, propter regulam Catonianam: & quamvis servo proprio data sit, si tamen is servus tempore mortis in aliena potestate est, vindicare libertatem nequit. Proinde quod apud Marcianum *l. verum 58. de man. test.* legimus, eum qui liber esse jussus est, alienatum à testatore, si ante aditam eius hæreditatem rursus hæreditarius factus sit, hæreditate adita ad libertatem pervenire, sic omninò accipiendum est, si superstite testatore in potestatem redierit: nam jacente hæreditate, qui mortis tempore testatoris non fuit, hæreditarius fieri nequit. Planè, si servis testatoris, qui apud hostes sunt, libertas directò data sit, placet hos libertatem consequi, quandocumque ab hostibus reversi sint, licet neque testamenti neque mortis tempore testatoris fuerint, *l. si servi 30. de man. testam.* 3

Velut ex suo testamento] Αὐτίκως protinus ex testamento: cùm testator servum suum se mortuo simpliciter liberum esse jubet, nec ab alio libertatem dari mandat.

TEXTUS.

3. *Verba autem fideicommissorum hæc maximè in usu habentur*: Peto, rogo, volo, mando, fidei tuæ committo: *quæ perinde singula firma sunt, atque si omnia in unum congesta essent.*

NOTÆ.

3. PETO, ROGO, &c.] Hæc verba dicuntur precaria & precativa, opponunturque civilibus, directis & imperativis, vid. Ulp. *tit. 25.* Paul. *4. sent.* Hodie autem de verbis laborandum non est, postquã Justinian. verbum omne, significans legitimum sensum testatoris, legare aut fideicommittere volentis, utile atque validum esse jussit, *l. 2. C. comm. de leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Verba imperativa interdum vim habere precariorum.*

est, cu[illegible]m Hotomanno pro *filia* restituamus *filiæ*.

Convocasse sapientes viros] Augustus ut erat Princeps prudentissimus, non temerè aut inconsultò irrepentem in rempub. novum codicillorum usum confirmandum sibi putavit: sed prius explorare voluit judicium & sententiam virorum sapientum; censeréntne illi, posse hunc usum recipi salva ratione juris constituti; tum an in eo tam evidens & justa civium utilitas versaretur, ut auctores sibi essent ejus moris comprobandi: exemplo suo docens, nihil novi juris sine consilio prudentum ac manifesta civium utilitate constituendum esse, juxta illud quod præclarè ab Ulpian. dictum est *in rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, l. 2. de const. princ.*

Vbi si quis testamentum facere non posset] Propter civium Romanorum, qui ad testimonium necessarij erant, penuriam. De facto enim loquitur; non de jure, uti Jurisconsultus in *l. 8. §. 2. hoc tit.* nam testamenti factio loco allegata non est, *DD. comm. in l. 1. C. de SS. eccles.* Cæterùm & illud palam est, eum qui testamentum facere non potest, nec codicillos posse, *leg. Divi 6. § 3. d. l. 8. §. 2. hoc tit.*

Cum & Labeo] Qui eodem tempore maximæ auctoritatis fuit, & à Trebatio institutus est, auctore Pomponio in *l. 2. § post hunc 47. de orig. iur.*

TEXTUS.

1. *Non tantùm autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed & intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest. Sed cùm ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait, non aliter vires habere, quàm si speciali voluntate posteà confirmentur. Sed divi Severus & Antoninus rescripserunt, ex ijs codicillis, qui testamentum præcedunt, posse fideicommissum peti, si appareat eum, qui testamentum fecit, à voluntate, quam in codicillis expresserat, non recessisse.*

NOTÆ.

1. SED ET INTESTATUS] Codicillis ab intestato facti vicem testamenti exhibent, suisque ipsi viribus nituntur, Proinde quicumque intestati successor erit, etiam postea natus, codicillis relicta præstabit *l. 3. l. 8. pr. & § 1. l. 16. eod.* nisi voluntas in hoc parata sit, ut testamentum esset, *l. 1. l. 13. § 1. eod. l. 14. C. de testam.* non adjecta scil. clausula codicillari, *l. propen. qui test. fac. l. 41 § 3. de vulg. & pup. l. ult. § 1. ex h. t.* Testamento autem facto codicilli vires ex testamento capiunt, & jus ejus sequuntur, *l. 3. § ult. d. l. 16. eod, l. 1. C. eod.*

PAPINIANUS AIT] *l. 5. eod.* & hæc Papiniani sententia receptissima erat Plinij temporibus, ut constat ex *lib. 2. epist. 16.*

COMMENTARIUS.

1. *Voluntatem in hoc paratam, ut testamentum sit, ne jure quidem codicillorum valere, nisi adiecta sit clausula codicillaris.*
2. *Testamento facto codicillos quoscumque & quocumque tempore factos jus testamenti sequi.*
3. *Differentia inter codicillos confirmatos & non confirmatos: cæterum hodie sublata.*
4. *Quatenus ex his, quæ testamento cauta, mutare quid liceat.*
5. *Sententia extremorum verborum hujus §.*

CODICILLI & ab intestato confici possunt & facto testamento. Ab intestato facti suis ipsi viribus nituntur, & vicem testamenti exhibent. Proinde quicumque intestati successor erit, sive legitimus sive honorarius, etiam posteà natus, codicillis relicta præstabit, *l. 3. l. 8. in pr. & §. 1. l. ab intestato 16. hoc tit.* Hoc unum exigimus, ut codicilli valeant, ne voluntas defuncti in hoc instituto sit, ut testamentum esset: quod eò pertinet, ut sciamus, eam voluntatem, quæ in codicillis valere potuit, si defunctus codicillos facere instituisset, non valere jure codicillorum voluntatem intestati, si in hoc parata sit ut testamentum esset. Neque enim ad validitatē actus civilis sufficit forma, si agentis deest intentio, ut benè *D. Tulden. hic c. 2.* Itaque si quis verbi causa codicillis scripserit hanc voluntatem suum esse testamentum, aut caverit, quæ sunt testamenti propria, nihil à legitimo peti poterit, *l. 1. l. illud 13. §. 1. hoc tit. l. propen. qui test. fac. l. non codicillū 14. C. de testam* nisi adjecerit, velle se eam voluntatem, si jure testamenti non possit, valere salem vice codicillorum; quæ cautio vulgò clausula codicillaris dicitur; aut valere quacumque ratione poterit, sive, ut nunc ferè, omni meliori modo, *d. l. propen. qui test. fac. l. cohærede 41. §. 3. de vulg. & pup. l. 3. in fin. de test. mil. l. Titia 13. de inoff. test. l. Lucius 88. § ult. de legat. 2. l. ult. § 1. C. hoc. tit.* de cuius clausulæ vi ac potestate; & an clausula codicillaris à testatore omissa, quibusdam casibus subintelligi debeat, denique an præsumendum sit, ex stylo & consuetudine notarij eam clausulam adscriptam esse, an ex voluntate & scientia testatoris; vid. *Mantic. de coniect. ult. vol. lib. 1. tit. 9. & 19. add. Gail 2. obs. 114. Chiflet. lib. 3. de jur. fideic. Schneid. hic cap. de claus. codicil.* & eruditissimum Joan. Decherum *libro 1. dissert. 8. num. 27.*

num.27.& seqq. Christin.vol.4.decis.32. Anton Fabr. Cod.suo,hoc tit.ferè per tot. Testamento autem condito codicilli, quocumque tempore facti fuerint, ad testamentum pertinent, vireſque ex eo capiunt, etiamsi in eo confirmati non sint, *leg.3.§.ult.d.l.ab intestato 16.hoc tit.* denique infirmato testamento & codicilli concidunt, *leg.1.Cod.eod.d.leg.3.§.ult.* Illud interest inter codicillos testamento nominatim confirmatos & non confirmatos, quod illis relicta etiam directo jure valent, veluti legata, & libertates directò datæ; *leg.libertates 43. de man.testam.* perindeque omnia habeantur, ac si in testamento scripta essent, excepta causa hæreditatis, *leg.2.§.2.hoc tit.* quo loco palam est Iulianum agere de codicillis confirmatis. At quæ codicillis non confirmatis relicta sunt, sine verbis directis sive precariis debentur jure fideicommissi, *argum.d.l.2.§.ult.l.illud 13.§.1.hoc tit.l. Scævola 76.ad senat.Trebell.* Illud enim dicere nolim, ea sola, quæ verbis precarijs codicillis non confirmatis relicta sunt, valere: neque cum Ant.Fabro *15.conj.15.* porentius esse jus codicillorum, qui ante testamentum facti sunt, quàm eorum, qui posteà scripti quasi in illis post rescriptum Imperatorum Severi & Antonini etiam quæ directò relicta sunt, jure fideicommissi valeant, in his nihil nisi precariis verbis utiliter relinquatur. Quod perquam mihi absurdum videtur. Sed non est, quod de his ampliùs laboremus; cùm enim confusa non sit legatorum & fideicommissorum natura, *leg.2.Cod.comm.de legat.* dubitandum non est, quin legata codicillis etiam non confirmatis data directò nunc valeant.

Ante testamentum] Meminit tantùm codicillorum factorum ante testamentum, quoniam quin codicilli post testamentum conditum scripti etiam sine confirmatione valerent, non videtur fuisse dubitatum, cùm quod quisque postremum cavet, id ratum esse velle satis constet. Fuit quidem usitatum, ut etiam futuri codicilli testamento confirmarentur, ut apparet ex *l.quædam 7.& l. seq.§. ult. l.Plautiana 18 de fideic.libert.l.6.l.ult.C.eod.* sed id fieri solitum majoris securitatis gratia: nam ad validitatem codicillorum specialem hanc confirmationem non fuisse necessariam patet ex *l.3.§. ult. hoc tit.* nisi ad hoc, ut legata & libertates datæ directò valerent. Illud quæritur, quatenus codicillis posterioribus ex his, quæ testamento cauta sunt, mutare quid aut tollere liceat. Hæreditatem codicillis adimi non posse, tralatitium est. Quam ob causam nec conditio hæredi instituto codicillis adjici potest, *§. seq.* At potest hæres testamento scriptus codicillis rogari, ut hereditatem restituat, *l.2.C.hoc tit.* Possunt & fideicommissa testamento relicta codicillis adimi: quinimò & legata hactenus, ut legatarius ex testamento agere repelli possit exceptione doli mali, arg. *l.4.§.prætereà 10.de dol.mal.except.*

Quam si speciali posteà voluntate] Papinianus existimabat, codicillos ante tabulas testamenti factos non aliter valere, quàm si testamento, quod posteà factum est, vel codicillis confirmarentur, aut prior voluntatis quocunque judicio reteneretur, *leg. 5.hoc tit.* motus ut credibile est, hac ratione, quod qui post codicillos à se factos testamentum facit, mutet causam successionis, transiens causa intestati ad causam testati. Quo facto videri codicillos istos revocare unà cum voluntate hæredem ab intestato.

Divi Severus & Antoninus contra] Contra sententiam Papiniani, qui exigebat, ut voluntas codicillis expressa saltem novo aliquo judicio retenta probaretur. Imperatores ergo ne illud idem in proposito exigunt, sed retentam voluntatem interpretantur, quæ mutata non ostenditur, ut jam mutatæ voluntatis probatio incumbat heredi, cùm ex sententia Papiniani retentæ voluntatis probatio exigeretur ab eo, qui ex codicillis quid petteret; atque ut nunc præsumptio sit pro codicillis, cùm anteà contra esset.

Si appareat, eum, &c. Non recessisse] Hoc nò sic accipiendum est cum clarissimo D. Tot. *ult.hic.* Ac si scriptum esset, *nisi appareat, qui testamentum fecit, à voluntate quam in codicillis expresserat, recessisse.* Satis enim apparet non recessisse ex eo ipso, quod non apparet recessisse. Qui dici non potest, quid novi circa jus codicillorum rescripto Severi & Antonini introductum sit, ipsi Papiniano sufficerit, voluntatem codicillis declaratam quocunque judicio retentam probari, ut benè disputat Anton.Fab.15. *conject.15.* Similis loquendi formula in eodem sensu etiam apud veteres occurrit, ut in *l.dotem 30 de jur. dot. l.generaliter 24.§.sed etsi 8.de fideic.libert.l.8.§.2.de novat.* neque enim semper æquè accuratè auctores juris loquuntur. Estque hæc communis usuque recepta sententia codicillos, nisi testamento posteà facto revocati probentur, tacitè confirmatos intelligi. *Gloss.& Bart. in l.5.hoc tit. Mantic.l.1.de conject.ult.vol.tit 8. Mynsh. Schneid.VVesemb.hic.* Totoq; judicio fallitur Hotomannus, qui scribit, hoc jure nos uti, ut nisi retenta voluntas probetur, codicilli per testamentum revocati videantur.

TEXTUS.

2. *Codicillis autem hæreditas neque dari, neque adimi potest, ne confundatur jus testamentorum & codicillorum: & ideo nec exhæredatio scribi. Directò autem hæreditas codicillis neque dari neque adimi potest: nam per fideicommissum hæreditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem hæredi instituto codicillis adjicere, neque substituere directò quis potest.*

NOTÆ.

2. HÆREDITAS NEQUE DARI] *l.10.eod.l. 2.C. eod.l. ad SC.Treb.* neque confirmari *l.2.§.ult.h.t. l pen. C.de nec.serv.hær.* quamvis cætera codicillis testamento confirmatis etiam directò dari possint *de test.tut.l.43. de man.test.l.2.§.2.h.t.* Non obstant *l.77.de hær.inst.l.10.de cond.instit.* Nam illic proponuntur species hæreditatis codicillis datæ confirmatæ, sed datæ testamento quod codicillis declaratur.

QUE ADIMI] Quæ testamento data aut legata, *l.4.C.de his quæ ut indign.* Hoc à superiori consequens est ex doctrina contrariorum, *l.pen. test q... ...d. inst. l.2. C. h.t.* & ideò liberi codicillis decede... hæredantur. Hoc text. fac. *l 14.C.de testam cùm a...* NFUNDATUR IUS TESTAM.] *leg.7.Cod.eod. erant,* ...alia...onem affert Papinianus *l.10.eod.*

...DEICOMMISSUM] Seu verbis precariis, ...2.C.h.t. quo casu hæres scriptus aut legitimus quartam partem sibi retinere potest ex SC. *sup.de fideic.hæred.*

NEC CONDITIONEM ADIICERE] Neque detrahere: qui adjicit, in defectum conditionis de ademptione hæreditatis cogitat; qui detrahit de ...rè danda, quæ prius in defectum conditionis ...ta non erat *l.6 h.t.l.pen.§.ult.de cond.instit.*

NEQUE SUBSTITUERE] Substitutio enim species est institutionis, *l.1.de vulg.& pup.*

COMMENTARIUS.

1. *Hæreditatem codicillis dari aut adimi non posse, nec si testamento confirmati sint: & quæ huius juris ratio.*

2 *Regulam hanc intelligi de hæreditate directò danda non per fideicommissum. Et quid inter hæc intersit.*

3 *Consequens esse superiori regulæ instituto hæredi codicillis neque conditionem rectè adijci, neque detrahi, neque directò substitui.*

UT cætera omnia codicillis vel ab intestato factis, vel à testato, licet testamento non confirmatis, relinqui possunt, maximè novo jure post exæquationem legatorum & fideicommissorum; hæreditas tamen codicillis dari non potest, nec si testamento confirmati sint, *leg.quod per manus 10.hoc tit. leg.2.Cod.eod.l. Scævola 76 ad senatusc. Trebell.* & militis in hoc privilegium agnoscimus, quod codicillis hæredem facere possit, *leg.militis 36. de testam.mil.* Datur enim hæreditas per institutionem hæredis aut substitutionem directam, quod solius testamenti proprium est, neque in ullum alium actum sive inter vivos sive ultimæ voluntatis aut donationis mortis causa conferri potest, *leg. 7.Cod.hoc tit.leg.licet 19.Cod.de pact.leg. cum donationis 34. Cod. de transact. leg.5. Cod. de pact.conv. tam sup.dot .leg. 4. C.de inut. stip.* Non obstant species propositæ in *leg asse 77. de hær.inst. leg.10. de cond. instit.* illic enim non proponitur hæreditas data, aut confirmata codicillis, sed data testamento, quod codicillis, declaratur, aut purificatur, ut loquitur Baldus. Hoc autem posito, hæreditatem codicillis dari non posse consequens est ex doctrina contrariorum, nec codicillis posse adimi, scilicet his, qui vel in testamento scripti sunt, vel ex lege sunt hæredes, *l pen §,1 de cond inst.l.2.C.hoc. tit.l.4.C.de his quib.ut indign.* & ideò liberi codicillis frustra exhæredantur, *fac.l.non codicillum 14.C. de testam.* 1

Ne confundatur jus testamentorum] Et ne alioqui, quod absurdum & præposterum est, per codicillos qui ex testamento vim sumunt, ipsum testamentum, quod vires per institutionem hæredum accipit, confirmari videretur, ut Papinianus disputat in *d.l.quod per manus hoc tit,* Nimirum si hæreditas codicillis vel dari vel adimi posset, sequeretur, & confirmari testamentum & revocari per codicillos posse: denique idem posse, idem esse codicillos, quod testamentum. Cur ergo hæc distinguerentur? Cur diversum nomen inderetur iis rebus, quas vis ac potestas una sociasset, collectio Constantini in *leg.7.C.hoc tit.*

Directò autem hæreditas, &c. nam per fideicommissum] Quod totiens traditum est, *hæreditatem codicillis nec dari, nec adimi posse*, sic accipitur, ut directò non possit dari, putà hærede codicillis instituto aut substituto, *d.l.7.C.hoc tit.* nec directò codicillis 2

num.27.& seqq. Christin.vol.4.decis.32. Anton Fabr. Cod.suo,hoc tit. ferè per tot. Testamento autem con-
2 dito codicilli, quocumque tempore facti fuerint, ad testamentum pertinent, vireſque ex eo capiunt, etiamſi in eo confirmati non ſint, *leg* 3.*§.ult.d.l.ab inteſtato* 16. *hoc tit.* denique infirmato teſtamento & codicilli concidunt, *leg.*1.*Cod.eod.d.leg.*3.*§.ult.*
3 Illud intereſt inter codicillos teſtamento nominatim confirmatos & non confirmatos, quod illis relicta etiam directo jure valent, veluti legata, & libertates directò datæ; *leg.libertates* 43. *de man.teſtam.* perindeque omnia habeantur, ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent, excepta cauſa hæreditatis, *leg.*2.*§.*2.*hoc tit.* quo loco palam eſt Iulianum agere de codicillis confirmatis. At quæ codicillis non confirmatis relicta ſunt, ſine verbis directis ſive precariis debentur jure fideicommiſſi, *argum.d.l.*2. *§.ult.l.illud* 13.*§.*1.*hoc tit.l. Scævola* 76.*ad ſenat.Trebell.* Illud enim dicere nolim, ea ſola, quæ verbis precarijs codicillis non confirmatis relicta ſunt, valere: neque cum Ant.Fabro 15.*conj.*15. potentius eſſe jus codicillorum, qui ante teſtamentum facti ſunt, quàm eorum, qui poſteà ſcripti quaſi in illis poſt reſcriptum Imperatorum Severi & Antonini etiam quæ directò relicta ſunt, jure fideicommiſſi valeant, in his nihil niſi precariis verbis utiliter relinquatur. Quod perquam mihi abſurdum videtur. Sed non eſt, quod de his ampliùs laboremus; cùm enim confuſa non ſit legatorum & fideicommiſſorum natura, *leg.*2.*Cod.comm.de legat.* dubitandum non eſt, quin legata codicillis etiam non confirmatis data directò nunc valeant.

Ante teſtamentum] Meminit tantùm codicillorum factorum ante teſtamentum, quoniam quin codicilli poſt teſtamentum conditum ſcripti etiam ſine confirmatione valerent, non videtur fuiſſe dubitatum, cùm quod quiſque poſtremum cavet, id ratum eſſe velle ſatis conſtet. Fuit, quidem uſitatum, ut etiam futuri codicilli teſtamento confirmarentur, ut apparet ex *l.quædam* 7.*& l. ſeq.§. ult. l.Plautiana* 18 *de fideic.libert.l.*6.*l.ult.C.eod.* ſed id fieri ſolitum majoris ſecuritatis gratia: nam ad validitatem codicillorum ſpecialem hanc confirmationem non fuiſſe neceſſariam patet ex *l.*3.*§. ult. hoc tit.* niſi ad hoc, ut legata & libertates datæ directò valerent. Illud quæritur, quatenus codicillis
4 poſterioribus ex his, quæ teſtamento cauta ſunt, mutare quid aut tollere liceat. Hæreditatem codicillis adimi non poſſe, tralatitium eſt. Quam ob cauſam nec conditio hæredi inſtituto codicillis adjici poteſt, *§. ſeq.* At poteſt hæres teſtamento ſcriptus codicillis rogari, ut hereditatem reſtituat, *l.*2.*C.hoc tit.* Poſſunt & fideicommiſſa teſtamento relicta codicillis adimi: quinimò & legata hactenus, ut legatarius ex teſtamento agens repelli poſſit exceptione doli mali, arg. *l.*4.*§.prætereà* 10.*de dol.mal.except.*

Quam ſi ſpeciali poſteà voluntate] Papinianus exiſtimabat, codicillos ante tabulas teſtamenti factos non aliter valere, quàm ſi teſtamento, quod poſtea factum eſt, vel codicillis confirmarentur, aut prior voluntatis quocunque judicio retineretur, *leg.* 5.*hoc tit.* motus ut credibile eſt, hac ratione, quod qui poſt codicillos à ſe factos teſtamentum facit, mutet cauſam ſucceſſionis, tranſiens à cauſa inteſtati ad cauſam teſtati. Quo facto videtur codicillos iſtos revocare unà cum voluntate habendi hæredem ab inteſtato.

Divi Severus & Antoninus contra] Contra ſententiam Papiniani, qui exigebat, ut voluntas codicillis expreſſa ſaltem novo aliquo judicio retenta probaretur. Imperatores ergo ne illud quidem in propoſito exigunt, ſed retentam voluntatem interpretantur, quæ mutata non oſtenditur: ut jam mutatæ voluntatis probatio incumbat hæredi, cùm ex ſententia Papiniani retentæ voluntatis probatio exigeretur ab eo, qui ex codicillis quid peteret; atque ut nunc præſumptio ſit pro codicillis, cùm anteà contra eſſet.

Si appareat, eum, &c. Non receſſiſſe] Hoc omnò ſic accipiendum eſt cum clariſſimo D. Tuln[illegible] *ult.hic.* Ac ſi ſcriptum eſſet, *niſi appareat, eum poſt teſtamentum fecit, à voluntate quam in codicillis expreſſerat, receſſiſſe.* Satis enim apparet non receſſiſſe ex eo ipſo, quod non apparet receſſiſſe. Amplius quid dici non poteſt, quid novi circa jus codicillorum reſcripto Severi & Antonini introductum ſit, cùm ipſi Papiniano ſuffecerit, voluntatem codicillis declaratam quocunque judicio retentam probari, & bene diſputat Anton.Fab. 15. *conject.*15. Similis loquendi formula in eodem ſenſu etiam apud veteres occurrit, ut in *l.dotem* 30 *de jur. dot. l.generaliter* 24. *§.ſed etſi* 8.*de fideic.libert.l.*8.*§.*2.*de novat.* neque enim ſemper æquè accuratè auctores juris loquuntur. Eſtque hæc communis uſuque recepta ſententia codicillos, niſi teſtamento poſteà facto revocati probentur, tacitè confirmatos intelligi. *Gloſſ.& Bart. in l.*5.*hoc tit. Mantic.l.*1.*de conject.ult.vol.tit.* 8. *Mynſ. Schneid.VVeſemb.hic.* Totoque judicio fallitur Hotomannus, qui ſcribit, hoc jure nos uti, ut niſi retenta voluntas probetur, codicilli per teſtamentum revocati videantur.

Ministerio de Cultura 2024

TEXTUS.

2. *Codicillis autem hæreditas neque dari, neque adimi potest, ne confundatur jus testamentorum & codicillorum: & ideo nec exhæredatio scribi. Directò autem hæreditas codicillis neque dari neque adimi potest: nam per fideicommissum hæreditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem hæredi instituto codicillis adjicere, neque substituere directò quis potest.*

NOTÆ.

2. HÆREDITAS NEQUE DARI] *l.10.eod.l. 2.C. eod.l.76.ad SC.Treb.* neque confirmari *l.2.§.ult.h.t. l pen.§.1.C.de nec.serv.hær.* quamvis cætera codicillis testamento confirmatis etiam directò dari possint, *l.3 de test.tut.l.43. de man.test.l.2.§.2.h.t.* Non obstant *l.77.de hær.inst.l.10.de cond.instit.* Nam illic non proponuntur species hæreditatis codicillis datæ aut confirmatæ, sed datæ testamento quod codicillis declaratur.

NEQUE ADIMI] Quæ testamento data aut lege [illegible]bita, *l.4.C.de his quæ ut indign.* Hoc à superiori [illegible]sequens est ex doctrina contrariorum, *l.pen. §.[illegible] cond. inst. l.2. C. h.t.* & ideò liberi codicillis [illegible] exhæredantur. Hoc text. fac. *l 14.C.de testam*

NE CONFUNDATUR IUS TESTAM.] *leg.7.Cod.eod.* aliam rationem affert Papinianus *l.10.eod.*

PER FIDEICOMMISSUM] Seu verbis precariis, [illegible]2.C.h.[illegible] [illegible] hæres scriptus aut legitimus quartam partem sibi retinere potest ex SC. *sup.de fideic.hæred.*

NEC CONDITIONEM ADIICERE] Neque detrahere: qui adjicit, in defectum conditionis de ademptione hæreditatis cogitat; qui detrahit de [illegible]rè danda, quæ prius in defectum conditionis [illegible]ta non erat *l.6 h.t.l.pen.§.ult.de cond.instit.*

NEQUE SUBSTITUERE] Substitutio enim species est institutionis, *l.1.de vulg.& pup.*

COMMENTARIUS.

1 *Hæreditatem codicillis dari aut adimi non posse, nec si testamento confirmati sint: & quæ huius juris ratio.*

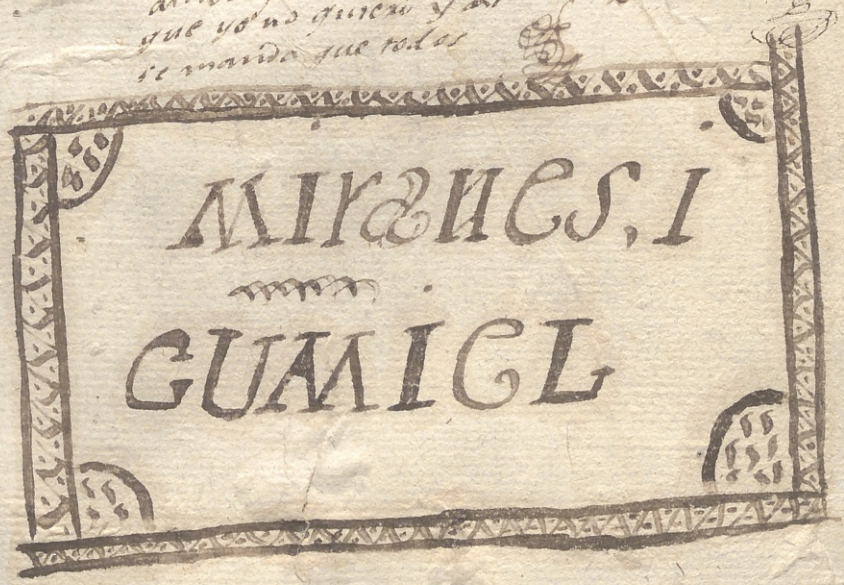
2 *Regulam hanc intelligi de hæreditate directò danda non per fideicommissum. Et quid inter hæc intersit.*

3 *Consequens esse superiori regulæ instituto hæredi codicillis neque conditionem rectè adijci, neque detrahi, neque directò substitui.*

UT cætera omnia codicillis vel ab intestato factis, vel à testato, licet testamento non confirmatis, relinqui possunt, maximè novo jure post exæquationem legatorum & fideicommissorum; hæreditas tamen codicillis dari non potest, nec si testamento confirmati sint, *leg.quod per manus 10.hoc tit. leg.2.Cod.eod.l. Scævola 76 ad senatusc. Trebell.* & militis in hoc privilegium agnoscimus, quod codicillis hæredem facere possit, *leg.militis 36. de testam.mil.* Datur enim hæreditas per institutionem hæredis aut substitutionem directam, quod solius testamenti proprium est, neque in ullum alium actum sive inter vivos sive ultimæ voluntatis aut donationis mortis causa conferri potest, *leg. 7.Cod.hoc tit.leg.licet 19.Cod.de pact.leg. cum donationis 34. Cod. de transact. leg.5. Cod. de pact.conv. tam sup.dot .leg. 4. C.de inut. stip.* Non obstant species propositæ in *leg asse 77. de hær.inst. leg.10. de cond. instit.* illic enim non proponitur hæreditas data, aut confirmata codicillis, sed data testamento, quod codicillis, declaratur, aut purificatur, ut loquitur Baldus. Hoc autem posito, hæreditatem codicillis dari non posse consequens est ex doctrina contrariorum, nec codicillis posse adimi, scilicet his, qui vel in testamento scripti sunt, vel ex lege sunt hæredes, *l pen §,1 de cond inst.l.2.C.hoc. tit.l.4.C.de his quib.ut indign.* & ideò liberi codicillis frustra exhæredantur, *fac.l.non codicillum 14.C. de testam.* 1

Ne confundatur jus testamentorum] Et ne alioqui, quod absurdum & præposterum est, per codicillos qui ex testamento vim sumunt, ipsum testamentum, quod vires per institutionem hæredum accipit, confirmari videretur, ut Papinianus disputat in *d.l.quod per manus hoc tit.* Nimirum si hæreditas codicillis vel dari vel adimi posset, sequeretur, & confirmari testamentum & revocari per codicillos posse: denique idem posse, idem esse codicillos, quod testamentum. Cur ergo hæc distinguerentur? Cur diversum nomen inderetur iis rebus, quas vis ac potestas una sociasset, collectio Constantini in *leg.7.C.hoc tit.*

Directò autem hæreditas, &c. nam per fideicommissum] Quod totiens traditum est, *hæreditatem codicillis nec dari, nec adimi posse*, sic accipitur, ut directò non possit dari, putà hærede codicillis instituto aut substituto, *d.l.7.C.hoc tit.* nec directò codicillis 2



Ministerio de Cultura 2024